

ANÁLISIS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES ENTRE PAREJAS DEL
MISMO SEXO

LINA CAMILA PULIDO FAJARDO CÓDIGO. 2105504

NÉSTOR DANIEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ CÓDIGO: 2105813

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
COORDINACIÓN DE TRABAJOS DE GRADO E INVESTIGACIÓN
FORMATIVA
BOGOTÁ, D.C
2013

ANÁLISIS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES ENTRE PAREJAS DEL
MISMO SEXO

LINA CAMILA PULIDO FAJARDO CÓDIGO. 2105504
NÉSTOR DANIEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ CÓDIGO: 2105813

DIRECTOR DE MONOGRAFÍA: DOCTOR LUIS FERNANDO VALLECILLA
BAENA
Abogado especializado en Derecho Laboral y Seguridad Social

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
COORDINACIÓN DE TRABAJOS DE GRADO E INVESTIGACIÓN
FORMATIVA
BOGOTÁ, D.C
2013



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
1. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER	2
2. OBJETIVOS	3
3. NOCIONES GENERALES	
3.1 EL CONCEPTO DE ESTADO	4
3.2 EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	5
3.3 ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA	6
3.4 EL CONCEPTO DE FAMILIA EN NUESTRO ESTADO SOCIAL DE DERECHO	6
3.5 EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LAS UNIONES CONFORMADAS POR PERSONAS DEL MISMO SEXO	7
3.5.1 Reconocimiento de las uniones maritales de hecho a las parejas del mismo sexo	7
3.5.2 Conformación de las uniones maritales de hecho por personas del mismo sexo	10
3.6 LA INSTITUCIÓN CONTRACTUAL COMO MECANISMO DE RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO	11
4. SISTEMA GENERAL DE PENSIONES	
4.1 INTRODUCCIÓN	16
4.2 AFILIADOS	16
4.2.1. Afiliados Obligatorios	17
4.2.2. Afiliados Voluntarios	17
4.3 RÉGIMEN DE SOLIDARIDAD DE PRIMA MEDIA CON	
4.4 PRESTACIÓN DEFINIDA	18
4.4.1 Concepto	18
4.4.2. Características	18
4.4.3. Clases de Pensiones	19
4.5 RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD	21
4.5.1. Concepto	21
4.5.2. Características	22
4.5.3. Clases de pensiones	23
4.5.4. Modalidades de pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes	24

5. LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

5.1 INTRODUCCIÓN	27
5.2 ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES	27
5.3 LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE COMO UN DERECHO CONSTITUCIONAL CON RANGO FUNDAMENTAL	30
5.3.1 La pensión de sobrevivientes como derecho fundamental	31
5.3.2 La pensión de sobrevivientes y los derechos fundamentales de los dependientes del causante	32
5.4 CONCEPTO DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES	33
5.5 FINALIDAD DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES	34
5.6 NATURALEZA DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES	35
5.7 REQUISITOS DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES	36
5.7.1. Criterio de Edad	36
5.7.2 Convivencia Mínima	37
5.7.3 Semanas Cotizadas	38
5.8 BENEFICIARIOS	38
5.8.1 Beneficiarios en Forma Vitalicia	38
5.8.2 Beneficiarios en Forma Temporal	39
5.9 CLASES DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES	40
5.10 MONTO	41

6. LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES PARA LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

6.1. INTRODUCCIÓN	43
6.2 RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES	44
6.3. CASOS EN LOS CUALES SE HA CONCEDIDO LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO	46
6.4 LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES PARA PAREJAS DEL MISMO SEXO	50
6.4.1 Introducción	50
6.4. 2 Desarrollo Línea Jurisprudencial	51
6.4.2.1. Sentencia SU-623 de 2001	51
6.4.2.2. Sentencia T-349 de 2006	53
6.4.2.3. Sentencia C-075 de 2007	55
6.4.2.4. Sentencia C-521 de 2007	57
6.4.2.5. Sentencia C-811 de 2007	59

6.4.2.6. Sentencia C-336 de 2008	60
6.4.2.7. Sentencia T-1241 de 2008	62
6.4.2.8. Sentencia C-029 de 2009	64
6.4.2.9 Sentencia T-911 de 2009	65
6.4.2.10. Sentencia T-051 de 2010	67
6.4.2.11. Sentencia T-592 de 2010	70
6.4.2.12. Sentencia T-346 de 2011	72
6.4.2.13. Sentencia T-716 de 2011	74
6.4.2.14. Sentencia T-860 de 2011	76
6.5 ESQUEMA GRÁFICO DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL	78
6.6 CONCLUSIONES	79

7. EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN AMÉRICA LATINA.

7.1. INTRODUCCIÓN	81
7.2. LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES PARA PAREJAS DEL MISMO SEXO EN AMÉRICA LATINA	82
7.2.1 Uruguay	82
7.2.2. Argentina	86
7.2.3 Brasil	87
7.2.4 Ecuador	88

8. CONCLUSIONES	89
-----------------------	----

BIBLIOGRAFÍA	91
--------------------	----

1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con lo consagrado en el contenido del Preámbulo y del artículo 1º de la Constitución Política de 1991, Colombia es un Estado Social de Derecho, democrático, participativo y pluralista, siendo uno de sus ejes centrales el respeto por la dignidad humana.

El presente trabajo pretende analizar el reconocimiento de derechos de las personas del mismo sexo, como es el caso de la pensión de sobrevivientes, como parte y manifestación material del derecho a la seguridad social, como un derecho constitucional con rango fundamental, desde una perspectiva del derecho a la igualdad, consagrado en nuestra carta política.

Para ello es necesario hacer referencia a la legislación que regula la materia, es decir la Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003, al igual que algunos planteamiento que han hecho los doctrinantes sobre la pensión de sobrevivientes.

Así mismo , se hace necesario realizar un estudio de la jurisprudencia constitucional en los últimos años, donde se encuentra plasmado el cambio que ha surgido en relación con los derechos de las personas homosexuales, en especial los derechos prestacionales, como lo es la pensión de sobrevivientes, tema en el cual se enfoca este trabajo, por cuanto hace extensivo los derechos a la seguridad social establecidos en la legislación para las parejas heterosexuales a aquellas parejas integradas por personas del mismo sexo.

El tema es de gran relevancia para el desarrollo de derechos fundamentales tales como la dignidad humana, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la seguridad social, toda vez que el conocimiento y difusión de éstos derechos permite realizar uno de los fines del Estado; garantizar la protección de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, lo que implica la soberanía de cada persona, como ser libre y autónomo.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El Estado Colombiano, tal como lo menciona el artículo 1° de la Constitución Política de Colombia, norma de normas, se caracteriza por ser un estado social de Derecho, democrático, participativo y pluralista, lo que constituye el principio medular de nuestra organización política, privilegiando aspectos relacionados con la supresión de las desigualdades sociales, la protección de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

En la actualidad están proscritas todas las formas de discriminación fundamentadas en la no aceptación de las diversas orientaciones o identidades sexuales. Es obligatorio el reconocimiento de derechos y prestaciones a las personas homosexuales en su calidad de individuo como a las parejas del mismo sexo, en condiciones análogas a las de sus pares heterosexuales.

De esta manera quedó establecido en los principios de Yogyakarta sobre la aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género, reconoce en el preámbulo la “capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual, y las relaciones íntimas y sexuales con personas de un sexo diferente o del mismo sexo, o más de una género”.

A su vez en la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece la no discriminación en su artículo 2: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”

Lo que no significa que puedan existir algunas distinciones fundadas en argumentos razonables y objetivos que sirvan para demostrar que pueden existir factores que justifiquen esa distinción que afecte a compañeros del mismo sexo, a quienes no se les permite recibir determinadas prestaciones, a las cuales si pueden acceder los compañeros heterosexuales, contrario sensu, la diferencia de tratamiento entre parejas heterosexuales y homosexuales puede considerarse una forma de discriminación.

Con relación a lo anteriormente planteado, a través de este trabajo se pretende realizar un estudio sobre el avance jurisprudencial en materia de reconocimiento de derechos de las personas del mismo sexo, en especial el derecho prestacional de la pensión de sobrevivientes, que permita establecer si:

¿A pesar de que la Corte Constitucional, resolvió la constitucionalidad condicionada de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 por cuanto vulneraban los artículos 13 y 48 de la Carta, en el entendido que las parejas conformadas por personas del mismo sexo, puedan acceder a los beneficios derivados de la protección en materia de pensión de sobrevivientes, ¿Se ha regulado dicha prestación como resultado de este reconocimiento en nuestro país?

3. OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Investigar y analizar acerca del reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo, en especial el derecho a la seguridad social, como un derecho constitucional y fundamental dentro del marco de un estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista, fundado en el respeto de la dignidad humana, en condiciones de igualdad, haciendo énfasis en la pensión de sobrevivientes.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Investigar los aspectos generales, antecedentes históricos naturaleza, sentido y finalidad de la pensión de sobrevivientes en el Sistema General de Pensiones en Colombia.
2. Revisar y analizar las generalidades, noción, principios y componentes necesarios para la conformación de las uniones maritales de hecho en toda vez que el régimen marital de hecho es extensivo a las parejas del mismo sexo, con énfasis a la pensión de sobrevivientes.
3. Realizar un análisis de la Jurisprudencia Colombiana, con relación al reconocimiento de garantías y derechos de las parejas del mismo sexo. , con el fin de determinar las sentencias y línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, sobre la pensión de sobrevivientes en los últimos años en Colombia.

4. NOCIONES GENERALES

4.1 CONCEPTO DE ESTADO

El concepto de Estado fue utilizado por primera vez por Nicolás Maquiavelo. Pero el término Estado, como referencia a la organización política fundamental de las personas proviene del siglo XVI durante la época renacentista en Italia. Fue en Italia donde se produjeron antes que en ningún otro lugar, una consideración y estudio objetivos del Estado.

“Historia de Florencia –que en este sentido merece el nombre de primer Estado moderno del mundo– se encuentran unidos el pensamiento político más elevado y las formas de desarrollo humano más variadas....”¹

El Estado moderno es concebido como una sociedad humana, ubicada en un territorio que le ata, sujeta a un poder insuperable que crea, define y aplica un precepto jurídico que estructura la sociedad estatal para adquirir el bien público transitorio de sus elementos.

En desarrollo del concepto de Estado surgen varias confusiones como lo es al asegurar que el poder y el gobierno son iguales, sin embargo observamos que esta afirmación no es del todo cierta, para diversos, el poder comprende la ley, lo integral, y el gobierno no lo es, el gobierno es presidido por el pueblo y para el pueblo.

Otro concepto de Estado es el que nos brinda una noción más moderna de lo que es el Estado: es el doctrinante Colombiano, Mario Madrid Malo Garizabal.

“Como definición, el concepto de Estado se refiere al conglomerado social, política y jurídicamente constituido, asentado sobre un territorio determinado, sometido a una autoridad que se ejerce a través de sus propios órganos y cuya autoridad (soberanía) es reconocida por otros estados”²

De esta manera nos referimos al concepto de Estado, abordado por algunos autores. De igual forma cabe resaltar que no haremos un estudio minucioso sobre el tema referido, pues no es asunto del presente trabajo.

1. MAQUIAVELO Nicolás. Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio. En: Obras Políticas. Buenos Aires. Librería El Ateneo. Trad. Luis Navarro, 1952, pág. 43. Se puede ampliar más sobre el concepto de estado en los siguientes autores: KELSEN Hans. Teoría general del Estado. Editorial nacional. Decimoquinta edición. México 1979: pág. 97, Jean Jacques Rousseau, *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres* en *Discursos a la Academia de Dijon*, Traducción de Antonio Pintor-Ramos, Ediciones Paulinas, Madrid, 1977, p. 154.

2. MADRID MALO GARIZABAL Mario. “Diccionario de la Constitución Política de Colombia, Editorial Legis. Segunda Edición. Bogotá. 1998, Pág. 140.

4.2 ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

El concepto social de derecho, recoge lo que es el Estado de Derecho y amplía el concepto de Estado, por cuanto en este prevalece el derecho sustancial sobre el formal, toda vez que el fundamento del Estado social es la persona y el reconocimiento de la dignidad humana, talco molo consagra nuestra Carta Política.

“Como precursor de la idea del Estado Social suele citarse al alemán Lorenz Von Stein, quien había dicho en el siglo XIX que el haber terminado la época de las revoluciones políticas implicaría comenzar la de las reformas sociales, afirmando la distinción entre sociedad y estado, en el sentido de que el segundo tiende al desarrollo de la personalidad del individuo, mientras la sociedad tiende a la miseria, servidumbre de la personalidad debido a las relaciones de propiedad: la dominación de las cosas se trastoca en la dominación de las personas”³

Pero en realidad a pesar de lo afirmado anteriormente quien introdujo el concepto de Estado Social de Derecho en la década de los treinta (siglo XX) fue Hermann Héller quien la introdujo bajo la observancia de la crisis que vivía el estado de derecho y la democracia.

Un concepto de estado social de derecho que desarrollo nuestra Corte Constitucional en la tutela T-426 de 1992 MP: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz es el siguiente:

“El Estado social de derecho hace relación a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección. Exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad.”⁴

3. JEREZ, Younes S. Estado Social de Derecho, Bogotá, Ediciones Jurídicas Ibáñez, 2005 pág. 18

4. Colombia Corte Constitucional, Sentencia T-426 de 1992, Magistrado Ponente; Eduardo Muñoz Cifuentes.

4.3 ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA

“El Estado social de derecho, se proyecta en la Constitución, en primer término, en la consagración del principio de igualdad y en su consecuencia obligada: los derechos sociales y económicos y en la prestación de los servicios públicos. En segundo término, a través de los derechos de participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación, que se compendian en el principio democrático y gracias al cual se socializa el Estado y las diferentes instancias de poder dentro de la comunidad.”⁵

De conformidad con lo anteriormente expuesto, el Estado social de derecho tiene su proyección desde la misma constitución política erigida desde el concepto mismo que es la relación entre el estado y la sociedad buscando lo que algunos autores denominaban en la edad media como el estado de bienestar. En consecuencia, la manifestación del estado social de derecho parte de la dimensión económica, social y política que la misma constitución consagra. Por ello, los cambios sistemáticos que tenga el estado son el atribuir a los poderes públicos el desarrollo de los fines y obligaciones del mismo estado, en el beneficio de la sociedad.

En la constitución nacional nuestra, estas declaraciones se dan especialmente sobre la edificación invariable de una sociedad justa en que prime la igualdad y la dignidad humana. Esta afirmación supone la distinción de la noción formal de Estado de Derecho, que ciñe su actuación a la autoridad de la ley fundamentalmente.

4.4. EL CONCEPTO DE FAMILIA EN NUESTRO ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El concepto de familia se fundamenta, básicamente, en la interpretación literal del primer inciso del artículo 42 de Nuestra Constitución Política de Colombia:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”

Al tenor del artículo citado observamos que el concepto de familia previsto en la Constitución y objeto de especial protección es la heterosexual y monogámica, es erróneo llegar a esta conclusión pues la Corte Constitucional ha manifestado que también el concepto de familia debe hacerse extensivo a las parejas homosexuales. Más adelante desarrollaremos y analizaremos como se ha ampliado el concepto de familia a través de la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal constitucional.

5. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-566, Magistrado Ponente; Eduardo Muñoz Cifuentes.

4.5 RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LAS UNIONES CONFORMADAS POR PERSONAS DEL MISMO SEXO

Para brindar protección a las parejas integradas por personas homosexuales, se ha acudido a las normas y los beneficios que la Ley les brindan a las parejas heterosexuales, vinculadas entre sí por la unión marital de hecho, produciendo una extensión de derechos que cubre a las parejas homosexuales por hallarse en una situación similar.

Las primeras concesiones que se hicieron a las parejas del mismo sexo, fueron de carácter eminentemente patrimonial, tal como ocurrió con el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, se extendió a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, la ampliación del marco de protección referente al delito de inasistencia alimentaria para que incluya a las parejas del mismo sexo, e igualmente cabe observar que la extensión del derecho a la porción conyugal a las parejas del mismo sexo.

La Corte Constitucional estudió la acción pública de inconstitucionalidad presentada por un grupo de ciudadanos en contra del artículo 1 ° y 2 ° de la Ley 54 de 1990. Concretamente, los demandantes alegaron la inexecutable de las expresiones “hombre y mujer” contenidas en la definición de la unión marital de hecho y por ende la categoría de compañero (a) permanente...

4.5.1. Reconocimiento de las uniones maritales de hecho a las personas del mismo sexo. Posterior a la expedición de la Ley 54 de 1990 que definió las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanente, esta fue demandada parcialmente por inconstitucionalidad parcial de los artículos 1° y del literal a del artículo 2°.

Se fundamenta la demanda porque las normas acusadas no toman en consideración a las parejas de mujeres o de hombres que cohabitan de manera estable y permanente y, por este motivo, se produce una discriminación que viola los artículos 1, 13, 16, 18 y 21 de nuestra Constitución Nacional.

La sentencia C-098 de 1996, declaró la executable de las normas acusadas:

“Para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”.

En esta sentencia se consideró que esta norma posteriormente podría ser objeto de un más detenido y riguroso examen de constitucionalidad, si se advirtiera en ella un propósito de lesionar a los homosexuales o si de la aplicación de la Ley pudiera esperarse un impacto negativo en su contra. Luego de once años después

que se pronunciara la Corte Constitucional frente a la exequibilidad de los artículos 1° y 2° de la Ley 54 de 1994, en Sentencia C-075 de 2007 del magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil declara inconstitucional la diferenciación entre parejas heterosexuales y homosexuales.

En este fallo la Corte declaró la exequibilidad de la norma, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales. Al respecto la Corte Constitucional expuso:

“El régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las parejas homosexuales, resulta discriminatorio. Así, no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que las parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado.”

A la luz de los anteriores criterios y sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción, en proceso democrático y participativo, de las modalidades de protección que resulten más adecuadas para los requerimientos de los distintos grupos sociales, encuentra la Corte que es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente se declarará la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales.

Quiere esto decir que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la Ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la Ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado.

Sin lugar a duda las personas del mismo sexo, a lo largo de la historia han sido discriminadas social, política, cultural y legalmente a razón de su orientación sexual, olvidando que la diversidad sexual está claramente protegida por nuestra Constitución que configuró nuestro estado, como un estado social de derecho, fundamentado en la dignidad humana. Como quiera que toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona se presume inconstitucional.

De igual forma los tratados internacionales que conforman nuestro bloque de constitucionalidad; Verbi gratia La Declaración de Derechos humanos, artículo 1°, donde se consagra que todos los seres humanos gozamos de libertad e igualdad en dignidad y derechos, de igual forma el Pacto de Nueva York o Pacto

internacional de Derechos Humanos y el Pacto de San José de Costa Rica, donde se resalta como pilares fundamentales el derecho a la libertad, el libre desarrollo de la personalidad. A su vez la Convención Americana de Derechos Humanos obliga a los Estados firmantes a prohibir la discriminación y fomentar la igualdad y

La jurisprudencia constitucional en Colombia, se ha convertido en esa herramienta necesaria para prevenir y reparar situaciones de discriminación en razón a la orientación sexual y el libre desarrollo de la personalidad, toda vez que el legislador, quien goza de la potestad de configuración en materia de seguridad social no regulado sobre el tema, aunque adoptó medidas de protección idóneas para evitar situaciones de discriminación a razón de orientación sexual, claro de ejemplo de ello fue la expedición de la Ley 1482 de 2011, que tiene como garantizar la protección de los derechos de cualquier persona, que son vulnerados a través de actos de racismo o discriminación.

En Colombia, la jurisprudencia constitucional en esta materia ha expresado:

- “1. De acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual.
2. Existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otra.
3. Corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento.
4. Toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables solo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente.”⁶

Luego del este fallo de la Corte, se abrió un poco más el espectro de derechos de las parejas homosexuales, en un marco más receptivo de la diversidad en el campo de las preferencias sexuales y que implica, por consiguiente, la apertura efectiva de nuevas opciones que de vida

Esta sentencia se consolidó como el punto de partida para el reconocimiento de derechos de las personas homosexuales, por vía jurisprudencial.

6. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-075 de 2007. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

En la Sentencia C-811 de 2007 del Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, se decidió sobre la restricción al derecho de afiliación al sistema de seguridad en salud, sea como beneficiarios o cotizantes en la medida en que la Ley 100 de 1993 limita la afiliación a la pareja heterosexual.

“La detección de la inexecutable por omisión legislativa relativa de la norma objeto de estudio no implica que la Corte deba declarar inexecutable la disposición, pues ello traería consigo la desprotección automática de los demás sujetos beneficiados por el sistema, sino que deba condicionar su executable a efecto de que se entienda que la cobertura del sistema de seguridad social en salud del régimen contributivo también admite la cobertura de las parejas del mismo sexo, y en el caso de las parejas del mismo sexo, la comprobación de su calidad y de la vocación de permanencia deben regularse por el mismo mecanismo establecido en la Sentencia C-521 de 2007, esto es, declaración ante notario en la que conste que la pareja convive efectivamente y que dicha convivencia tiene vocación de permanencia, independientemente de su tiempo de duración.”

De esta manera, los mismos mecanismos que operan para evitar que parejas heterosexuales que no constituyen familia puedan reclamar ilegítimamente del sistema los beneficios a que no tienen derecho, deben aplicarse en relación con las parejas del mismo sexo que pretendan hacer lo mismo.

4.5.2 Conformación de las uniones maritales de hecho por personas del mismo sexo. Los presupuestos para consolidar la unión marital de hecho, se encuentran establecidos en la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales, tal como quedo contemplado en la sentencia C-075-07.

La Ley 979 de 2005 “Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes. En su artículo 1° que modifico a su vez el artículo 2° de la Ley 54 de 1990, se encuentra consagrado los casos en los cuales se presume la existencia de sociedad patrimonial del hecho entre compañeros permanentes y en especial en qué circunstancias hay que declararla.

Es decir la pareja homosexual que reúna las condiciones previstas en la Ley para las uniones maritales de hecho; la comunidad de vida permanente y singular, por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección dispuesto, por lo cual queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la Ley para establecerla.

Los compañeros permanentes podrán declarar la existencia de la sociedad patrimonial acudiendo a los siguientes medios:

1. Por mutuo consentimiento declarado mediante escritura pública ante Notario donde dé fe de la existencia de dicha sociedad y acrediten la unión marital de hecho y los demás presupuestos que se prevén en los literales a) y b) del presente artículo.

2. Por manifestación expresa mediante acta suscrita en un centro de conciliación legalmente reconocido demostrando la existencia de los requisitos previstos en los literales a) y b) de este artículo.

3. Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil Colombiano. La decisión judicial no tiene una naturaleza constitutiva sino declarativa, porque la declaratoria le da certeza a la existencia de la unión marital de hecho. Antes de la existencia de declaratoria ya se reúnen los requisitos o condiciones prescritas para ello, es decir ya está constituida, solo requiere ser declarada.

Al respecto el Código de Procedimiento civil en la Sección Tercera, que regula el régimen probatorio, título XIII, pruebas, Capítulo I., disposiciones generales, en el artículo 75 consagra los medios de prueba.

“ARTÍCULO 175. MEDIOS DE PRUEBA. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en los términos del numeral 6) del artículo 627 > Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.”

Es decir la pareja homosexual que reúna las condiciones previstas en la Ley para las uniones maritales de hecho; la comunidad de vida permanente y singular, por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección dispuesto, por lo cual queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la Ley para establecerla.

4.6 LA INSTITUCIÓN CONTRACTUAL COMO MECANISMO JURÍDICO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES.

De acuerdo al artículo 113 del Código Civil, “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente .De la norma se deriva la imposibilidad de que las parejas conformadas por personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, de manera tal que el matrimonio celebrado entre dos hombres o entre dos mujeres es inexistente para la Legislación Colombiana, como lo ha sido y lo es en la mayoría de las legislaciones, salvo los casos excepcionales de algunos ordenamientos jurídicos contemporáneos que admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, conforme lo anotado antes.

Esta norma fue demandada por inconstitucionalidad, en su aparte “un hombre y una mujer”, por considerarlas contrarias al preámbulo y a los artículos 1, 2, 4, 12, 13, 16, 42, 43 y 93 de la Constitución. La Corte Constitucional, en Sentencia C-577 de 2011, declaró exequible la norma acusada bajo el entendido que:

“Tratándose del matrimonio y de su requisito de heterosexualidad, no hay oposición entre las exigencias del artículo 13 superior y el contenido del artículo 42 de la Carta, es inadmisble predicar la existencia de una discriminación proveniente del segmento tachado de inconstitucional, debiendo aclararse que sí, dentro de la variedad de familias constitucionalmente protegidas, la Carta brinda una especial protección a la surgida del matrimonio celebrado entre heterosexuales, ello no significa desprotección del resto de familias que también son institución básica y núcleo fundamental de la sociedad, ni la existencia de un propósito discriminador, que tampoco se encuentra en el artículo 113 del Código Civil, pues, pese a su antigüedad, recogió la realidad de su tiempo de la misma forma como lo hizo la Constitución, al brindarle especial atención a la familia heterosexual surgida del matrimonio, entre otras razones, porque en ninguno de los dos momentos había cobrado visibilidad la realidad homosexual.”⁷

Lo que quiere decir que con referencia al matrimonio, no es cierto que el artículo 113 del Código Civil se limite a reglar el matrimonio entre heterosexuales de un modo compatible con la Constitución Política que, conforme de acuerdo con la previsión en el artículo 42 superior, lo que no se opone a que el legislador defina los elementos y alcances de una institución que, brindándole a las parejas homosexuales la alternativa de formalizar su unión, torne posible superar el déficit de protección.

Teniendo en cuenta este argumento expresado por la Corte Constitucional, se exhortó al congreso para que antes del 20 de junio de 2013 legislara, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que afecta a las parejas homosexuales.

Pese a que la unión matrimonial heterosexual y la de parejas homosexuales constituyen tipos de familia, las parejas homosexuales, que deseen conformar una familia y solemnizar su unión, no pueden acudir de la misma forma jurídica prevista para dar lugar a la familia heterosexual surgida de la expresión del consentimiento en que se hace consistir el matrimonio. Lo que refleja que las parejas homosexuales no cuentan con la posibilidad de acceder a la celebración de un contrato que les permita formalizar y solemnizar jurídicamente su vínculo como medio para constituir una familia, diferente a la unión de hecho.

7. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL I, Sentencia C-577 de 2011. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Los fines que constituyen el objeto del contrato de matrimonio pueden ser perseguidos por las parejas que proyectan una vida en común con vocación de permanencia, con independencia de que se trate de parejas conformadas por un hombre y una mujer o por dos personas del mismo sexo, en ejercicio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libre opción sexual, donde la vida de pareja es necesaria para su plena realización.

Esta institución contractual como alternativa a la unión de hecho le corresponde desarrollarla al legislador, teniendo en cuenta que tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales se encuentran en una situación asimilable en lo que respecta a los requerimientos de protección que solo pueden ser satisfechos con el contrato de matrimonial, se concede la opción de formalizar jurídicamente el compromiso que se orienta a la consecución de los fines propios del contrato de matrimonio.

Le concierne al legislador esta labor por mandato constitucional, como quiera que el artículo 42 de la Constitución Política establece; las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la Ley civil.

Al revisar la literalidad de la norma superior, no le impide al legislador admitir otros tipos de matrimonio, como el homosexual. La norma enunciada le confirió al legislador la potestad de regular las formas del matrimonio, dado que la Constitución no protege un único tipo de familia y al legislador no le está prohibido incluir dentro de las formas de matrimonio el que surge de la unión de dos personas del mismo sexo.

Debido a que el Legislador, como máximo órgano representativo de la voluntad popular, no reguló el tema, en las dos legislaturas previstas por la Corte Constitucional para plantear y resolver el asunto de fondo, con el fin de superar la situación de desprotección de las parejas del mismo sexo, en la misma sentencia C-577 de 2011 expresó que:

“Las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar un vínculo contractual que les permita constituir una familia, de acuerdo con los alcances que, para entonces, jurídicamente puedan ser atribuidos a ese tipo de unión.”

De esta forma el órgano legislativo conserva su competencia constitucional para legislar sobre la materia, pues así lo impone la norma de normas, pero tratándose de jueces y notarios es necesario indicar que ya no están de por medio las exigencias del principio democrático, sino el cumplimiento de funciones destinadas a hacer efectivos los derechos constitucionales fundamentales de los asociados.

De lo contrario estarían incumpliendo la norma superior y los postulados de criterios vinculantes de la referida sentencia, sin olvidar la obligatoriedad propia de la que gozan las sentencias de constitucional toda vez que produce efectos erga omnes y que hace tránsito a cosa juzgada constitucional.

De conformidad con lo anterior, teniendo en cuenta el término que fijó la Corte Constitucional para que el legislador definiera los caracteres y alcances de una institución que cobijara a las parejas homosexuales, como una alternativa para formalizar su unión, similar con la que cuentan las parejas heterosexuales en el artículo 113 del C.C; El matrimonio.

La Corte Constitucional contempló, en el caso de que el legislador no regulara el asunto en el término establecido, las parejas homosexuales podrán acudir ante juez o notario para formalizar y solemnizar un vínculo contractual que les permita constituir familia. Es del caso concluir que en la actualidad no encontramos en nuestro ordenamiento jurídico la figura del matrimonio para parejas homosexuales, pero se estableció un vínculo contractual para constituir familia.

Ejemplo de ello el día 24 de julio del 2013, se formalizó por primera vez la unión entre Carlos Hernando Rivera y Gonzalo Ruíz, así lo determinó la juez 67 Civil Municipal de Bogotá, quien materializó esta unión en un contrato civil innominado, puesto que no podía hacerlo bajo la denominación de contrato matrimonial.

“Otro de los casos que se conocen sobre la unión de parejas homosexuales ocurrió en la ciudad de Cali, donde una pareja homosexual acudió en junio del 2012 a la notaría cuarta del círculo de esa ciudad, con el fin de formalizar su unión mediante un contrato.”⁸

El notario cuarto rechazó su solicitud con el argumento de que la Constitución no le permitía autorizar ese tipo de contratos con parejas homosexuales. Su competencia, solo se limitaba a formalizar y solemnizar ese vínculo, desconociendo por completo la Sentencia de Constitucionalidad C-577 de 2011, donde se facultó a los jueces y a los notarios para que formalizaran estas uniones, en el caso en que el Congreso no las reglamentaba mediante una Ley.

Debido a la vulneración de sus derechos fundamentales, esta pareja homosexual acudió a la acción de tutela, con el fin de amparar sus derechos.

El juez 11 civil municipal de Cali ordenó al notario cuarto de Cali que en un término no mayor a 48 horas convocara a los dos hombres que decidieron unirse en pareja con el fin de formalizar su unión, en un contrato que debe regirse por la normatividad aplicable al matrimonio civil, tanto en sus derechos como en sus deberes, y en las demás prerrogativas que de él deriven.

8. REDACCIÓN JUSTICIA, Carlos y Gonzalo se casaron por lo civil, pero no unidos en matrimonio (24 de Julio del 2013) http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12946572.html. Primera pareja homosexual se casa en Colombia. Consulta 30 de Agosto de 2013.

A pesar de la solicitud de nulidad de la sentencia C-577 de 2011, presentada por el Procurador General de la Nación Alejandro Ordoñez, sobre las uniones del mismo sexo, la Sala Plena de la Corte Constitucional rechazó el recurso de nulidad presentado.

El presidente de la Corte Constitucional, Jorge Iván Palacio Palacio, en comunicado de prensa del 17 de julio de 2013, expresa:

“Dentro de las funciones constitucionales atribuidas al Ministerio Público se consagra expresamente la de vigilar el cumplimiento de las decisiones judiciales, por lo que no está autorizado para desatender sus motivaciones ni determinaciones. La Presidencia de la Corte Constitucional hace un respetuoso llamado a la Procuraduría General de la Nación para que observe las determinaciones de este Tribunal y vigile su estricto y oportuno cumplimiento.

Así mismo, reivindica la autonomía de los jueces y las competencias de las autoridades administrativas en el cumplimiento y ejecución de las sentencias”⁹

9. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL , Comunicado de Prensa Presidencia de la Corte Constitucional de 17 de Julio de 2013

5. SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

5.1. INTRODUCCIÓN

El sistema general de pensiones se encuentra consagrado en la Ley 100 de 1993, Libro I, artículo 10 y ss., modificado por la Ley 797 de 2003. Este sistema fue creado con el fin de garantizar, a todos los habitantes del territorio nacional el amparo contra las eventualidades que se puedan presentar derivadas de tres situaciones en particular: la vejez, la invalidez y la muerte, a través del reconocimiento de las pensiones y prestaciones que la Ley concede, de esta última contingencia nos ocuparemos en este trabajo.

El Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios que se excluyen entre sí, dispuesto de esta manera en artículo 16 de la Ley 100 de 1993 “ Ninguna persona podrá distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos regímenes del sistema general de pensiones. Los regímenes son:

- Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.

- Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Todos los trabajadores dependientes e independientes deben afiliarse al sistema, a través de uno de los regímenes establecidos. La afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en esta Ley.

5.2 AFILIADOS.

Según el Doctrinante Arenas Monsalve Gerardo la afiliación conlleva a:

“La libre escogencia de uno de los regímenes del sistema (prima media y ahorro individual) y la posibilidad de trasladar de régimen y de entidad administradora. Pero la ley establece algunas restricciones a la libre escogencia, así como a los traslados (Ley 100 de 1993, artículo 15 de modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003).”¹⁰

Según el artículo 15 de la Ley 100 de 1993 los afiliados son obligatorios y voluntarios.

10. ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho Colombiano de la Seguridad Social, Editorial Legis, Tercera Edición, 2012, pág. 262.

5.2.1 Afiliados Obligatorios:

- ✓ Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos.
- ✓ Las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado.
- ✓ Los trabajadores independientes.
- ✓ Los grupos de población que sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional.
- ✓ Los servidores públicos que ingresen a Ecopetrol, a partir del 1° de abril de 1194.
- ✓ Los Servidores públicos en cargos de carrera administrativa, afiliados al régimen de prima media con prestación definida deberán permanecer en dicho régimen mientras mantengan la calidad de tales. Durante los tres (3) años siguientes a la vigencia de esta Ley.
- ✓ Quienes ingresen por primera vez al Sector Público en cargos de carrera administrativa.

Cabe recordar que la Corte en la sentencia C-1089 de 2003 declaró la constitucionalidad condicionada del mencionado artículo 3° de la Ley 797 de 2003, partiendo de la base de que el trabajador independiente tenga fuente de ingresos que le permitan la cotización al sistema.

5.2.2 Afiliados Voluntarios:

- ✓ Todas las personas naturales residentes en el país y los colombianos domiciliados en el exterior, que no tengan la calidad de afiliados obligatorios y que no se encuentren expresamente excluidos por la presente Ley.
- ✓ Los extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo permanezcan en el país y no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen o de cualquier otro.

El párrafo final de este artículo consagra que “Las personas a que se refiere el presente artículo podrán afiliarse al régimen por intermedio de sus agremiaciones o asociaciones, de acuerdo con la reglamentación que para tal efecto se expida dentro de los tres meses siguientes a la vigencia de esta Ley.

5.3. RÉGIMEN DE SOLIDARIDAD DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.

2.3.1 Concepto. Este régimen está contenido en el título II de la Ley 100 de 1993. El artículo 31 de esta Ley define el régimen de solidaridad de prima media con prestación definida como “aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas.”

Respecto de este régimen se han elaborado varios conceptos, uno de ello es el siguiente:

“Es la prestación definida, que corresponde al método de financiación de pensiones que estaba vigente antes de la expedición de la ley 100 de 1993. Deriva su nombre del hecho que la entidad administradora calcula la cotización a pagar como una prima promedio aplicable al conjunto de la población asegurada...”¹¹

El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales, actualmente administradora colombiana de pensiones –COLPENSIONES.

5.3.2 Características. El doctor Juan Martínez Cifuentes, en su obra “La pensión de sobrevivientes”, enumera algunas de las características de este régimen entre ellas:

1. Es una prestación definida.
2. Es un régimen solidario.
3. Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados. 4. El Estado garantiza el pago de los beneficios a que se hacen acreedores los afiliados.
5. No es posible realizar aportes voluntarios.
6. El valor de la pensión de vejez no depende del ahorro sino del tiempo acumulado y el salario base de cotización.

11. Ibíd. Pág. 227

12. MARTÍNEZ CIFUENTES, Juan. La pensión de sobrevivientes, Editorial Temis, 2009. Pág. 21

Sobre los aspectos generales de los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional en sentencia T-618/2010, del Magistrado Ponente: Doctor Luis Ernesto Vargas Silva expreso:

“Dado su carácter parafiscal, no puede ser entendido como dineros pertenecientes a la Nación. Con ese fondo común se garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, ya además, de la obtención de pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes o una indemnización sustitutiva de la pensión, para los nuevos afiliados y beneficiarios”

5.3.3 Clases de pensiones. En este régimen se reconocen tres tipos de pensiones; pensión de vejez, invalidez y de sobrevivientes.

A. Pensión de Vejez:

El artículo 33 de la Ley 100 establece los requisitos para tener el derecho a la Pensión de Vejez:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

B. Pensión de Invalidez por riesgo Común:

Se considera que una persona es invalida cuando por cualquier causa de origen no profesional, que no haya sido provocada de manera intencional, pierda el 50 % o más de su capacidad laboral.

La pensión de invalidez por riesgo común está regulada en la Ley 100 de 1993, título II, capítulo III, artículo 38 y s.s.

C. Pensión de sobrevivientes:

Está contemplada en el título II, Capítulo III de la Ley 100 de 1993, artículo 46 y s.s. y la Ley 797 de 2003.

Esta prestación se reconoce a los beneficiarios cuando fallece el pensionado o afiliado. Puede concederse de forma vitalicia o temporal.

Respecto de la Pensión de sobrevivientes, el tratadista Rafael Rodríguez Mesa, en su obra “Estudios sobre seguridad social”; elabora un esquema donde representa los requisitos de la Pensión de Sobrevivientes.

EDAD	BENEFICIARIOS	MODALIDAD	REQUISITOS
Menor de 30 años	Cónyuge o compañero (a) permanente	Pensión temporal por 20 años	Cinco años de convivencia, será temporal si no hay hijos procreados. Obligación de cotizar al sistema para obtener su propia pensión
Mayor de 30 años	Cónyuge o compañero (a) permanente	Pensión vitalicia	Cinco años de convivencia
0 – 18 años	Hijos	Pensión temporal hasta la mayoría de edad	Se presume dependencia económica
18 – 25 años	Hijos estudiantes	Pensión temporal hasta terminación de estudios o hasta los 25 años	Ser estudiante y dependencia económica
Sin edad	Padres	Vitalicia	Dependencia económica
Sin edad	Hermanos inválidos que dependan económicamente	Vitalicia o temporal hasta que cese la dependencia o disminuya la discapacidad	Pérdida del 50% o más de la capacidad laboral y dependencia económica sin ingresos adicionales

La finalidad perseguida por la Ley al establecer la pensión de sobrevivientes ha sido el de brindar un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas del fallecimiento.

13. RODRIGUEZ MESA, Rafael. , Estudios sobre seguridad social Ediciones Uninorte, Barranquilla, 2009.

Es importante tener en cuenta que con la pensión de sobrevivientes se garantizan derechos constitucionales de carácter fundamental, por lo cual las disposiciones destinadas a regular los aspectos correspondientes con esta prestación asistencial, de ningún modo, podrán incluir expresa o implícitamente tratos discriminatorios que dificulten el acceso a ésta, dada su especial dimensión constitucional.

Este es uno de los argumentos por los cuales se concedió vía jurisprudencial el acceso de la pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo en la sentencia C-336/08:

“Si bien por razones históricas, culturales y sociológicas la Constitución Política de 1991 no hace alusión expresa a los derechos de los homosexuales, ello no significa que éstos puedan ser desconocidos dado que, dentro del ámbito de la autonomía personal, la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana”.

5.4. RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

5.4.1 Concepto. Este régimen se encuentra contemplado en la Ley 100 de 1993, título III. El artículo 59 de la Ley 100 de 1993 define el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como:

El conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados...”

De acuerdo con los planteamientos del Doctor Arenas Monsalve, Este régimen:

“Corresponde a un método de financiación de pensiones sin precedentes en Colombia antes de la Ley 100 de 1993. Su nombre se origina en la característica básica de que financia las pensiones a través del mecanismo de una cuenta individual de ahorro, manejada por la entidad administradora, es decir, que las cotizaciones de cada afiliado están dirigidas a financiar su propia pensión.”

Este régimen permite que sus afiliados tenga un una cuenta individual a la cual se abonan los montos tanto obligatorios como voluntarios, los cuales producen unos réditos financieros. Lo que permite que el monto de la pensión sea variable de acuerdo a los dineros ahorrados en la cuenta.

14. ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho Colombiano de la Seguridad Social, Editorial Legis, Tercera Edición, 2012, pág. 228

5.4.2 Características. De la definición contenida en el artículo 59 de la LEY 100 de 1993 se pueden extraer las siguientes características:

- ✓ Los afiliados al Régimen tendrán derecho al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, así como de las indemnizaciones de acuerdo con los aportes de los afiliados.
- ✓ Hay proporcionalidad entre los aportes y el monto de la pensión. El monto de la pensión de vejez depende del capital ahorrado, siendo posible hacer aportes voluntarios.
- ✓ Cada afiliado es propietario de su cuenta de ahorro al igual que los réditos que esta produzca.
- ✓ Las administradoras ofrecen diferentes fondos de pensiones para que los afiliados elijan el que mejor se ajusta a sus condiciones.
- ✓ Los afiliados al sistema podrán escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras y entre los Fondos de Pensiones gestionados por ellas según la regulación aplicable.
- ✓ El conjunto de cuentas individuales constituyen un patrimonio autónomo de la entidad administradora.

La superintendencia financiera mediante concepto 2006024796-001 del 31 de agosto de 2006, se pronuncio acerca del régimen de ahorro individual:

“Una características del Régimen de Ahorro Individual es que el reconocimiento de la pensión de vejez, entre otras prestaciones, depende del capital que el afiliado posea en la cuenta de ahorro individual, incluidos sus rendimientos financieros y el bono pensional, si hubo lugar a la expedición de éste.”¹⁵

Lo que quiere decir que en el caso en el cual un afiliado no tenga en su cuenta de ahorro individual el saldo que le permita acceder a una pensión mínima, habiendo cumplido la edad y las semanas de cotización, tendrá derecho al reconocimiento de la Garantía de Pensión Mínima de Vejez. No existe para este régimen la obligación legal en virtud del cual el reconocimiento de la pensión de vejez, dentro esté condicionado al cumplimiento de una edad mínima.

15. Superintendencia Financiera de Colombia. Régimen de ahorro individual – reconocimiento de pensión, concepto 2006024796-001 del 31 de agosto de 2006.

5.4.3 Clases de pensiones. El régimen de ahorro individual con solidaridad garantiza tres clases de pensiones:

A. Pensión de vejez:

Según el artículo 64 de la Ley 100 de 1993.” Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro Individual, les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor. I.P.C

B. Pensión de Invalidez por riesgo común:

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley 100 de 1993 “El estado de invalidez, los requisitos para obtener la pensión de invalidez, el monto y el sistema de su calificación en el régimen de ahorro individual con solidaridad, se regirá por las disposiciones contenidas en el régimen de prima media, es decir se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

Adicional deberá cumplir con los siguientes requisitos contemplados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003:

C. Pensión de sobrevivientes:

Los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en el régimen de capitalización individual con solidaridad así como su monto, se regirán por las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 48 de la Ley 100 de 1993, son los siguientes

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones”

5.4.4 Modalidades de pensión de vejez, pensión de invalidez y pensión de sobrevivientes. La Ley 100 de 1993 consagró que para el régimen de ahorro individual, hay tres modalidades de pensión aplicables tanto para la pensión de vejez, invalidez como la pensión de sobrevivientes. Al respecto el artículo 79 de dicha Ley dispone: “Las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, podrán adoptar una de las siguientes modalidades, a elección del afiliado o de los beneficiarios, según el caso:

A. Renta vitalicia inmediata: El artículo 80 de la Ley 100 de 1993 define así:

“La renta vitalicia inmediata, es la modalidad de pensión mediante la cual el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho.”

Dichas rentas y pensiones deben ser uniformes en términos de poder adquisitivo constante y no pueden ser contratadas por valores inferiores a la pensión mínima vigente del momento.

Significa entonces que en esta modalidad el afiliado hace la entrega de sus ahorros de pensión a una aseguradora y esta compañía se compromete a pagarte una renta mensual por el resto de tu vida, con un aumento anual del Índice de Precios al Consumidor (IPC). Si en el momento del fallecimiento y existen beneficiarios, ellos también recibirán la pensión de sobrevivencia.

B. Retiro programado: El Doctor Gerardo Arenas Monsalve lo define en los siguientes términos:

“En esta modalidad intervienen dos sujetos el afiliado y la entidad administradora. En esencia, consiste en que el afiliado obtiene su pensión de la administradora efectuando retiros a su cuenta pensional. Lo que se regula en esta modalidad es una técnica para obtener que los retiros de la cuenta pensional permitan razonablemente suponer que el saldo respectivo alcanzara para efectuar los pagos pensionales durante toda la vida del pensionado.”

Quiere decir que en este caso el afiliado puede conservar sus ahorros en la respectiva cuenta con el fin de que estos generen intereses y de esa cuenta se realice el pago mensualmente de la pensión pensión, la cual anualmente podría variar dependiendo de la evolución del ahorro.

16. ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho Colombiano de la Seguridad Social, Editorial Legis, Tercera Edición, 2012, pág. 327

C. Retiro Programado con Renta Vitalicia Diferida

El artículo 83 de la Ley 100 de 1993 define esta modalidad de la siguiente manera:

“Es la modalidad de pensión por la cual un afiliado contrata con la aseguradora de su elección, una renta vitalicia con el fin de recibir pagos mensuales a partir de una fecha determinada, reteniendo en su cuenta individual de ahorro pensional, los fondos suficientes para obtener de la administradora un retiro programado, durante el período que medie entre la fecha en que ejerce la opción por esta modalidad y la fecha en que la renta vitalicia diferida comience a ser pagada por la aseguradora.”

Bajo esta modalidad el afiliado fracciona sus ahorros entregando una parte al fondo y la otra a una aseguradora. Con el dinero de depositado, el fondo de pensiones pagará, bajo la modalidad de Retiro Programado, una pensión mensual hasta una fecha definida desde el principio. De ahí en adelante, vemos la modalidad de Renta Vitalicia, en donde es la aseguradora la que asume el pago de las mesadas. Es importante resaltar que una vez elijas la aseguradora, no se puedes devolver al Retiro Programado.

D. Las demás que autorice la Superintendencia Financiera

La Superintendencia Financiera en uso de sus facultades establecidas en el en el literal d) del artículo 79 de la Ley 100 de 1993, estableció cuatro modalidades de pensión.¹⁷

1. Renta Temporal Cierta con Renta Vitalicia de Diferimiento Cierto.

En esta modalidad el afiliado, contrata de manera simultánea con una aseguradora, para que esta relace el pago de una renta temporal cierta y el pago de una renta vitalicia de diferimiento cierto que iniciará una vez expire el periodo de diferimiento cierto y durará hasta el fallecimiento del pensionado o del último beneficiario de Ley, es decir contempla dos etapas.

2. Renta Temporal con Renta Vitalicia Diferida.

Esta modalidad consiste en que un afiliado contrata con la aseguradora, una renta vitalicia, la cual se pagará a partir de una fecha posterior al momento en que se pensiona, reteniendo en su cuenta individual de ahorro pensional los recursos suficientes para que la sociedad administradora de fondo de pensiones le pague, con cargo a dicha cuenta, una Renta Temporal durante el período comprendido entre el momento en que se pensiona y la fecha en que la renta vitalicia comience a ser pagada por la aseguradora.

3. Retiro Programado sin negociación de Bono Pensional

Es la modalidad de pensión en la cual el afiliado se pensiona, de manera anticipada a la fecha de redención del bono pensional emitido, bajo la modalidad de retiro programado descrita en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, sin necesidad de negociar este bono. Ahora el pensionado tiene la posibilidad de comenzar a recibir su mesada antes de que sea redimido el bono.

4. Renta Temporal con Renta Vitalicia Inmediata.

Es decir hay dos etapas de manera simultánea, la primera etapa (Renta Temporal Variable) el afiliado deja en su cuenta de ahorro individual del fondo de pensiones, los recursos suficientes para recibir una mesada por un periodo de tiempo acordado con la administradora.

En la segunda etapa (Renta Vitalicia Inmediata) el afiliado acuerda con la aseguradora, el pago de una mesada que recibirá a partir de la fecha en que se pensiona y de forma vitalicia, es decir, en forma simultánea a la Renta Temporal Variable. Como se observa, el afiliado tendrá la oportunidad de combinar en su mesada un valor fijo más un variable.

17. Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Externa 013, emitida a los representantes legales y revisores fiscales de las compañías de seguros de vida y de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantía. Abril 24 de 2012.

6. LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

6.1 INTRODUCCIÓN.

La seguridad social en Colombia, a la luz de nuestra constitución nacional se constituye como un derecho de rango constitucional y fundamental, al tenor del artículo 48 que reza; “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.”

La Corte Constitucional en sentencia T-049 de 2002 expreso que “la pensión de sobrevivientes es un derecho fundamental por estar contenido dentro de valores tutelables: el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud, al trabajo. Es inalienable, inherente y esencial. Y, hay una situación de indefensión del beneficiario respecto a quien debe pagarle la mesada.” Sentencia T-173/94, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero

En el presente acápite, se indagará y analizará sobre las nociones generales, antecedentes históricos de la pensión de sobrevivientes, y en especial sobre el rango constitucional y fundamental de este derecho.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en nuestra carta constitucional, en el artículo 48 se encuentra consagrado que la seguridad social “se prestará bajo dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. De lo anterior se deriva la obligación del órgano legislador, en armonía y coordinación con las demás ramas del poder público de diseñar el Sistema General de Seguridad Social, en el marco de su libertad legislativa ha establecido tres grupos de prestaciones con el fin de brindar protección a todas las personas y a su grupo familiar ante tres contingencias especiales; invalidez, vejez y muerte.

6.2 ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES EN COLOMBIA.

En nuestra legislación, la figura de la pensión de sobrevivientes tiene sus primeros vestigios a partir del siglo XX, con la finalidad de crear mecanismos legales de protección al grupo de personas que por el fallecimiento de la persona encargada de sus necesidades mínimas quedan totalmente desamparadas, por lo cual haremos un recorrido histórico sobre la regulación de esta institución de acuerdo los planteamientos realizados por Juan Martínez Cifuentes.¹⁸

18. MARTÍNEZ CIFUENTES, Juan. La pensión de sobrevivencia, Bogotá, Editorial Temis, 2009. Pág.-6.

Es importante realiza un recorrido histórico de esta prestación, debemos tener claro en primer lugar que el derecho a la seguridad social es producto de una pausada construcción con aportes del sector oficial, el sector privado, las agremiaciones etc.

El sistema de pensiones en nuestro país surge con la Ley 6° de 1945, “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.

Posteriormente, en el año 1946, se introdujo el primer régimen pensional con la expedición de la Ley 90 de 1946 por medio de la cual se creó el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales y entre otras cosas consagró la pensión vitalicia mensual a la viuda fuera o no inválida o al viudo inválido; se podría decir que inicia el desarrollo normativo de la pensión de sobrevivientes.

“Artículo 59. La viuda, sea o no inválida, o el viudo inválido, gozará de una pensión vitalicia mensual, proporcional a la de invalidez o vejez de que estuviera disfrutando el asegurado o a la que le hubiera correspondido al realizarse el estado de invalidez en la época de su defunción...”

Posteriormente se expidió la Ley 171 de 1961, que estableció el derecho a la sustitución pensional para los empleados públicos al manifestar que un jubilado o con derecho a jubilación, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años de edad o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por su invalidez y que dependieran económicamente de él, les asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes durante los dos años siguientes.

Artículo 12. “Fallecido un empleado jubilado o con derecho a jubilación, su cónyuge y sus hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieran económicamente de él, tendrán derecho a recibir entre todos, según las reglas del artículo 27540 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante los dos (2) años subsiguientes.

A falta de cónyuge e hijos tienen derecho a esta pensión los padres o hermanos inválidos y las hermanas solteras del fallecido, siempre que no disfruten de medios suficientes para su congrua subsistencia y hayan dependido exclusivamente del jubilado

El Decreto 3041 de 1966 aprueba el reglamento del Seguro Social obligatorio, y en el artículo 21 menciona la pensión de sobrevivientes a favor del cónyuge sobrevivientes, para los trabajadores afiliados al Seguro Social

ARTICULO 20. “Cuando la muerte sea de origen no profesional, habrá derecho a pensiones de sobrevivientes en los siguientes casos:

a. Cuando a la fecha del fallecimiento el asegurado hubiere reunido las condiciones de tiempo y densidad de cotizaciones que se exigen, según el artículo 5° para el derecho a pensión de invalidez;

b. Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando de pensión de invalidez o de vejez según el presente reglamento.”

ARTICULO 21. “La pensión a favor del cónyuge sobreviviente será igual a un cincuenta por ciento (50%) y la de cada huérfano con derecho igual a un veinte por ciento (20%) de la pensión de invalidez o de vejez, que tenía asignada el causante, o de lo que le habría correspondido a la fecha del fallecimiento excluidos los aumentos dispuesto en el artículo 16 del presente reglamento. Cuando se trate de huérfanos de padre y madre, la cuantía de la pensión se elevará hasta el treinta por ciento (30%) para cada uno.”

La Ley 33 de 1973 en su otorgaba el derecho a la pensión de sobrevivientes vitalicia a la viuda de un pensionado.

Artículo 1°. “Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia”.

Dos años después se expide La Ley 12 de 1975, la cual consagraba una pensión especial de sobrevivientes para la cónyuge o compañera permanente de un trabajador que hubiere fallecido antes de cumplir la edad para acceder la pensión de vejez pero hubiere cumplido con los requisitos para esta prestación.

Artículo 1°. “El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas.”

Un año después, la Ley 4° de 1976 extendió los beneficios de la pensión de sobrevivientes al viudo;

Con la expedición de la Ley 71 de 1988 se extiende el grupo de beneficiarios a la pensión de sobrevivientes advirtiendo que lo serán al cónyuge, a la compañera permanente, a los hijos menores, inválidos, los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado.

Artículo 3°. “Extiéndase las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado.”

El Decreto 758 de 1990, consagro la posibilidad de los afiliados cotizantes sin cumplir el número de semanas mínimas para acceder a la pensión de invalidez,

dejaran acreditada la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios siempre y cuando cumplieran el número de semanas mínimas para acceder a la pensión de invalidez.

La Constitución Nacional de 1991 en su artículo 48 consagra la seguridad social como un derecho fundamental y como un servicio público de carácter obligatorio.

Para el año de 1993, el Congreso de la República expidió, en desarrollo del artículo 48 de la constitución nacional creo la Ley 100 de 1993 que en su libro primero se encarga de regular lo referente al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, reformada entre otras por la Ley 797 de 2003, “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”.

Del anterior recuento histórico acerca de la pensión de sobrevivientes en nuestro país, cabe anotar que la existencia de un verdadero régimen de seguridad social surge en la última década. Debido a la existencia de diferentes instituciones encargadas del reconocimiento y pago de las pensiones; como lo eran las cajas, los diferentes y fondos y el recién creado Instituto de seguros sociales, junto con la coexistencia de diferentes regulaciones en asuntos pensionales que otorgaban beneficios diferentes para los afiliados.

Es importante resaltar que en ninguna de las normas referidas, se incluyó dentro del sistema de la seguridad social a la comunidad homosexual. Los legisladores colombianos desde tiempos atrás han venido excluyendo de manera sistemática los derechos de los colombianos que han optado por una alternativa diferente frente al patrón cultural dominante en nuestra sociedad.

6.3 LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES COMO UN DERECHO CONSTITUCIONAL CON RANGO FUNDAMENTAL.

La constitución política de Colombia, en su título II De los derechos, las garantías y los deberes, capítulo II. De los derechos sociales, económicos y culturales, consagra en su artículo 48 el Derecho a la seguridad social, que consagra en estos parámetros:

“Artículo 48: La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.”

El derecho a la seguridad social, está consagrado de manera expresa como un derecho constitucional , es uno de los reconocimientos de nuestra carta Constitución , este reconocimiento le concede a la seguridad social un papel

importante en su valoración, apropiación y desarrollo, dentro de nuestro Estado social de derecho, deja de ser una simple prestación para convertirse en un derecho irrenunciable.

Adicional el derecho a la seguridad social tiene una doble connotación; es un derecho constitucional y a la vez un servicio público, de carácter obligatorio, sometido a la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la Ley, que correlativamente es un derecho absolutamente irrenunciable, cuya prestación corre a cargo del Estado, con la intervención de los particulares.

6.3.1 La pensión de sobrevivientes como un derecho fundamental. En la Constitución Política de Colombia, en el título II capítulo I de se indica de forma expresa los "derechos fundamentales", sin embargo la Corte Constitucional ha sostenido que el Constituyente no realizó una clasificación taxativa de cuáles eran los derechos constitucionales fundamentales, simplemente un efecto indicativo a la ubicación y titulación de las normas constitucionales.

La Corte Constitucional ha manifestado respecto de la pensión de sobrevivientes:

“Es un derecho que presenta una naturaleza fundamental, por estar contenido dentro de valores tutelables como son el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud, y al trabajo¹⁹, así como en el derecho a la educación, de clara estirpe fundamental²⁰, pues dicha prestación protege en la situación de debilidad manifiesta que presenta quien aún ostenta la calidad de estudiante en proceso de formación intelectual y desafortunadamente pierde al progenitor pensionado, de manera que pueda contar con las condiciones necesarias que le permitan culminar el proceso de formación personal y educativo emprendido, con miras a lograr un desarrollo integral.²¹

Esta concepción ha sido reiterada en varias oportunidades por el máximo tribunal constitucional:

T-1283/01, T-1285/01, T-049/02, T-1109/04, T-1185/04, T-1221/04, T-051/07, T-089/07, T-326/07, C-1035/08, T-1241/08, T-1244/08, T-917/09.

19. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-173/94, MP: Alejandro Martínez Caballero.

20 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias T-513/99, MP: (E): Martha Victoria Sáchica Méndez; T-571/99, MP: Fabio Morón Díaz; T-638/99, MP: Vladimiro Naranjo Mesa; T-974/99, MP: Álvaro Tafur Galvis.

21. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 695/00, MP: Álvaro Tafur Galvis.

Se puede inferir entonces que la pensión de sobrevivientes surge como una prestación que tiene por finalidad proteger al grupo familiar que puede quedar desamparado por la muerte de la persona que proveía el sustento del núcleo familiar, busca garantizar de esta derechos fundamentales como el mínimo vital y la dignidad humana de quienes dependían económicamente del trabajador o afiliado que falleció, siempre y cuando acreditan la calidad de beneficiarios.

En este sentido se pronunció la corte en sentencia T-716/11. La pensión de sobrevivientes como derecho fundamental autónomo-vínculo, con el mínimo vital de quien depende del afiliado o pensionado que fallece.

“La pensión de sobrevivientes guarda un vínculo inescindible con la protección de la familia y, en particular, con la vigencia del mínimo vital del grupo familiar dependiente del afiliado o pensionado que fallece o queda en situación de grave discapacidad. Esto bajo el entendido que esos ingresos son presupuesto material para el adecuado ejercicio de los demás derechos fundamentales”

En síntesis, la relevancia constitucional que reviste la pensión de sobrevivientes y, como se explicará más adelante, la validez de su exigibilidad judicial, está sustentada tanto en el carácter universal y obligatorio de la seguridad social, como en la necesidad de respetar, garantizar y proteger los derechos fundamentales del grupo familiar dependiente del afiliado o cotizante.

En tal sentido, existe una relación estrecha entre la protección especial de la familia, que para el caso se traduce en la vigencia del derecho al mínimo vital, y la satisfacción de la prestación económica.

El alto grado de interdependencia entre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y los derechos mencionados, permite que la jurisprudencia constitucional haya conferido a esa prestación de la seguridad social la condición de derecho fundamental autónomo.

6.3.2 La pensión de sobrevivientes y los derechos fundamentales de los dependientes del causante. Teniendo en cuenta la naturaleza protectora que adquiere la pensión de sobrevivientes sobre el núcleo familiar tras la muerte del trabajador o del pensionado con el fin que este grupo pueda contar con los ingresos económicos necesarios para vivir dignamente.

Es por esta relación inescindible entre la prestación económica y los derechos fundamentales de los dependientes del causante, que la pensión de sobrevivientes adquiere una connotación iusfundamental.

Al respecto esta Corporación había señalado que el propósito perseguido por la Ley al establecer la pensión de sobrevivientes, es la de brindar un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte. En este sentido se pronunció la corte anteriormente en Sentencia C-1094/03, C-1176-01, C-002 de 1999, C-080 de 1999.

La jurisprudencia constitucional le ha otorgado a la pensión de sobrevivientes una connotación especial como mecanismo de protección especial a la familia del causante, como núcleo esencial de la sociedad.

Según los criterios que ha fijado la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, la pensión de sobrevivientes es una herramienta jurídica que tiene como finalidad impedir que la familia del causante, los beneficiarios se vean privados de los ingresos que suministraba el afiliado o pensionado de quién dependían económicamente, brindando una especial protección a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, para que los miembros del grupo familiar del causante que dependían económicamente de él puedan seguir supliendo sus necesidades básicas de subsistencia.

Este planteamiento se sustenta en la relación indivisible entre la protección de la familia y el mínimo vital del grupo familiar que tenía una dependencia económica con el afiliado o el pensionado que fallece, más aun cuando esos ingresos económicos constituyen el sustento para garantizar el ejercicio de los demás derechos fundamentales, lo que permite que se le haya otorgado a esta prestación el carácter de derecho fundamental.

Lo anterior, por estar contenido dentro de valores tutelables: el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud, al trabajo es inalienable, inherente y esencial. Y, hay una situación de indefensión del beneficiario respecto a quien debe pagarle la mesada.

6.4 CONCEPTO DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

La pensión de sobrevivientes, anteriormente conocida como sustitución pensional, es una auxilio o ayuda fundamentado en los principios de solidaridad y de universalidad de la seguridad social, que tiene como finalidad esencia proteger a los familiares de la persona fallecida, brindando así una estabilidad económica suficiente para asegurar su subsistencia en condiciones dignas, sobre todo cuando esta prestación es la única fuente de ingreso de sus beneficiarios.

La pensión de sobrevivientes es una de las prestaciones consagradas en el sistema general de pensiones (Libro I de la Ley 100 de 1993), consiste en una prestación económica que surge como medida de protección al núcleo familiar por la muerte del trabajador o el pensionado quien proveía el sustento para su familia, con el fin de que sus integrantes no quedaran desamparados.

6.5 FINALIDAD DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Del concepto de la pensión de sobrevivientes, definido en la Ley 100 de 1993, se puede inferir que la finalidad de esta prestación es proteger a la familia que se ve desamparada por la muerte de quien proveía el sustento del núcleo familiar, entregando una prestación económica, para que sus integrantes a pesar de cargar con la muerte de su familiar, tuvieran que asumir otras cargas.

En particular sobre los fines de dicha prestación, la jurisprudencia se ha pronunciado en varias oportunidades.

En Sentencia C-080/99, M.P. Alejandro Martínez caballero, con relación a la pensión de sobrevivientes, la corte expreso:

“La pensión de sobrevivientes busca impedir que, ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento. Desde esta perspectiva, responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”.

Este mismo concepto es reiterado en la sentencia T-524/02; pensión de sobrevivientes-objetivo/Pensión de sobrevivientes-naturaleza. El concepto elaborado por la corte Constitucional se reitera en varias sentencias tanto de tutela como de constitucionalidad, en especial en las sentencias: C-080/99, T-049/02, T-941/05, C-111/06, T-1209/08, C-556/09, T-276/10, T-110/11 y T-584/11.

En la sentencia T-124 de 2012, la Corte Constitucional manifestó:

“Es innegable la importancia y la finalidad que como derechos fundamentales tienen la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, pues éstas buscan lograr a favor de los beneficiarios, un trato digno y justo, mediante la sustitución de la ausencia del apoyo económico que deja el familiar muerto.”

La finalidad esencial de la pensión de sobrevivientes es ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece e impedir que, ocurrida la muerte de una persona quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento

6.6. NATURALEZA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

El artículo 48 Superior consagra el derecho a la seguridad social, el cual se debe garantizar a todos los habitantes como un “derecho irrenunciable”. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-049 de 2002, Magistrado Ponente; Marco Gerardo Monroy Cabra, indicó que al ser la seguridad social un derecho de naturaleza irrenunciable:

“Tal derecho está constituido a su vez por varias expresiones entre
Las cuales se encuentra el derecho a pensión en sus diferentes
Modalidades, las cuales incluyen la pensión de sobrevivientes”

La naturaleza de pensión de sobrevivientes, consiste en brindar protección al núcleo familiar el cual queda indefenso y desamparado tras la muerte de quien lo sostenía económicamente. Adicionalmente, no obstante tratarse de una prestación económica, en determinados casos adquiere el rango fundamental en la medida en que el reconocimiento y pago de esta prestación económica garantiza el mínimo vital de las personas que dependían del causante.

La Corte Constitucional ha reiterado su posición sobre la naturaleza de la pensión de sobrevivientes en varias oportunidades.²²

En efecto, la naturaleza de la pensión de sobrevivientes, es sustituir la ausencia repentina del apoyo económico del pensionado o del afiliado al grupo familiar, con el fin de evitar que su muerte se traduzca en un cambio radical de las condiciones de subsistencia mínimas de los beneficiarios de dicha prestación.

6.7 REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

El artículo 46 de la Ley 100 de 1993, contiene los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, haciendo una distinción entre la muerte del pensionado y la muerte de un afiliado al sistema, en este último tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los beneficiarios del afiliado o pensionado, siempre y cuando este haya cotizado como mínimo 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a la muerte. Adicional a los requisitos establecidos en este artículo, se debe ostentar la calidad de beneficiario, por parte de los integrantes del núcleo familiar del causante.

22 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencias; T-049/02, T-941/05, T-679/06, T-1009/07, T-779/09, T-301/10, T-562/10, T-921/10, T-231/1, T-893/11 y T-439/12

6.7 REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

El artículo 46 de la Ley 100 de 1993, contiene los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, haciendo una distinción entre la muerte del pensionado y la muerte de un afiliado al sistema, en este último tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los beneficiarios del afiliado o pensionado, siempre y cuando este haya cotizado como mínimo 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a la muerte. Adicional a los requisitos establecidos en este artículo, se debe ostentar la calidad de beneficiario, por parte de los integrantes de núcleo familiar del causante.

Los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes son exactamente los mismos tanto para el régimen de prima media con prestación definida, como para el régimen de ahorro individual con solidaridad. La Corte Constitucional a través de sentencia T-081 de 1999, por la cual se declaró la unidad normativa entre lo preceptuado en los artículos 47, 74 de la Ley 100 de 1993.

En el caso de las parejas del mismo sexo, la primera condición que deben acreditar es la existencia de unión marital de hecho entre los compañeros (as) permanentes del mismo sexo.

6.7.1 Criterio de Edad. Aunque el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, incorpora criterios de edad para el reconocimiento y la duración de la pensión de sobrevivientes para el cónyuge o compañero supérstite.

A) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este.

El legislador en ejercicio de su amplia potestad configurativa en materia de seguridad social, realizó una distinción razonable del cónyuge o compañero (a) permanente supérstite en razón de la edad, toda vez que quien es menor de 30 años y no tenga hijos, no se ve desprotegido por el sistema general de pensiones, puede seguir contribuyendo con el sistema, cumpliendo así con el principio de solidaridad de la seguridad social, como quiera que su finalidad recae en que los aportes provengan de la contribución de los miembros de la sociedad, de acuerdo a su capacidad económica.

La Ley le garantiza el reconocimiento y pago de esta prestación, hasta por 20 años, tiempo en el cual el cónyuge o compañero (a) permanente, debe efectuar las respectivas cotizaciones con el fin que pueda obtener luego el reconocimiento de su pensión de vejez.

La Corte Constitucional, en sentencia C- 1094 de 2003 analizó la exequibilidad de esta norma afirmando:

“El hecho de establecer algunos requisitos de carácter cronológico o temporal para que el cónyuge o compañera o compañero permanente supérstite sea beneficiario de la pensión, no significa que el legislador haya desconocido o modificado la legislación civil sobre derechos y deberes de los cónyuges emitida en desarrollo del artículo 42 de la Constitución, pues la seguridad social representa un área autónoma frente al ordenamiento civil (CP, arts. 42 y 48)

De tal manera que esa disposición no vulnera el derecho a la igualdad por cuanto los menores de 30 años, sin hijos con el causante, no están en el mismo plano frente a las personas mayores de esa edad o con hijos procreados con el pensionado fallecido. Menos aún se vulnera el principio de unidad de materia por cuanto la legislación emitida en aspectos de seguridad social corresponde a los mandatos incorporados en el artículo 48 de la Constitución y no en el artículo 42, como lo estiman los actores.”²³

6.7.2 Convivencia Mínima. El artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece como requisito para obtener la pensión de manera vitalicia en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, que:

“El cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte

Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-1094 de 2013 toda vez que:

“El régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.

Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la Ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social.”²⁴

23 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1094 de 2003. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

24. *Ibíd.*

6.7.3 Semanas Cotizadas. El artículo 46 de la Ley 100 de 1993 que consagra los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, en el numeral 2°, exige un número de semanas cotizadas por el afiliado al sistema que fallezca para que los miembros de su grupo familiar puedan acceder a la pensión de sobrevivientes.

Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1.....

2.“ Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones..”

El artículo 12 de la Ley 797 de 2003, literales a) y b), aumentó los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, previamente establecidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, adicional estos literales hacían una distinción según la calidad de pensionado o afiliado que tuviere el causante y la causa de la muerte.

a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento;

b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.

Estos literales, que exigían un requisito de fidelidad de cotización al sistema fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-556/09, puesto que es una medida regresiva en materia de seguridad social, toda vez que la modificación impone un requisito más riguroso para acceder a la pensión de sobrevivientes, de esta manera se desconoce la finalidad de esta prestación, que consiste en el cubrimiento que del riesgo de fallecimiento del afiliado se está haciendo a sus beneficiarios.

6.8 BENEFICIARIOS.

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes según el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

6.8.1 Beneficiarios de forma vitalicia.

1. El cónyuge supérstite si a la fecha del fallecimiento del causante, tiene 30 o más años de edad.

2. La compañera o compañero permanente del supérstite, si a la muerte del causante tiene 30 años o más de edad.

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado debe acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

6.8.2 Beneficiarios de forma temporal

1. El cónyuge que a la fecha de la muerte del causante, tenga menos de 30 años de edad y no haya procreado hijos con este, puesto que si los tienes la pensión será vitalicia.

La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años.

2. La compañera o compañero permanente supérstite, si a la fecha del fallecimiento del causante, tiene menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. Con la exequibilidad del artículo 47 de la ley 100 de 1993, mediante sentencia permanente" y "compañero o compañera permanente" en el sentido de incluir en el grupo de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, al compañero o compañera permanente del mismo sexo. Para que el compañero o compañera permanente del mismo sexo, pueda ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, debe cumplir ciertos requisitos o condiciones en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007, para las parejas heterosexuales.

Si respecto de un pensionado existe compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y exista el derecho a percibir parte de la pensión, ya sea de forma vitalicia o temporal, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo, en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido, tal como fue declarado en sentencia C- 1035-08 de 22 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño

En el caso contrario, donde no hay una convivencia simultánea, pero sigue vigente el vínculo conyugal, a pesar de existir una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante.

La otra cuota parte le corresponderá al cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

También serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes los hijos de causante menores de 18 años, los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, si se encuentran incapacitados para trabajar por razón de sus estudios hasta los 25 años y los hijos inválidos que dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.

Los padres del causante y los hermanos inválidos del causante, también serán beneficiarios a falta de cónyuge, compañero (a) permanente e hijos con derecho y dependan económica del causante.

De la norma enunciada se observa que existen tres grupos de beneficiarios para la pensión de sobrevivientes, que tienen alguna semejanza con los órdenes sucesorales; puesto que mientras haya algún beneficiario de cada orden, no puede reconocerse al beneficiario del siguiente orden. Dentro del primer orden se encuentra la cónyuge o compañera (o) permanente y los hijos, quienes deben cumplir con algunos requisitos para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

El segundo grupo está conformado por los padres del pensionado o trabajador fallecido. Estos pueden acceder a la pensión siempre y cuando el causante no tenga cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho.

El último grupo lo conforman los hermanos con derecho. Estos sólo pueden acceder a la pensión en ausencia de cualquier miembro de los dos grupos anteriores. Esta transmisión es temporal respecto de los hijos menores, quienes pierden la prestación al adquirir la independencia económica o al llegar a la edad máxima de 18 años, o de 25 años si son estudiantes; salvo que el hijo sea inválido.

6.9 CLASES DE PENSION DE SOBREVIVIENTES

El artículo 12 de la Ley 793 de 2007, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que regula los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, hace relación a los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento. Indudablemente existen dos clases o tipos de pensión de sobrevivientes, la que se causa por muerte del pensionado y la que se causa por muerte del trabajador activo.

Con relación al numeral 1º del artículo en mención que regula la situación ante la muerte del pensionado ya sea por vejez o invalidez, en este caso tiene lugar la subrogación de los miembros del grupo familiar en el pago de la prestación que

venía recibiendo su titular, los beneficiarios toman el lugar de su causante y se hacen acreedores de una prestación o derecho adquirido por éste, el cual en cabeza de ellos se hace pagadero de manera vitalicia o temporal según el caso.

El numeral 2º de la norma en cuestión, hace referencian a que tendrán derecho de recibir la pensión de sobrevivientes los integrantes del grupo familiar del afiliado, en cuyo caso la pensión de sobrevivientes que se paga a sus familiares es una nueva prestación de la que no gozaba el causante, sino que se genera en razón de su muerte previo el cumplimiento de unos requisitos que el legislador ha previsto

Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez. El artículo 49 de la Ley 100 de 1993, regula la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.

“Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez...”

6.10 MONTO.

El monto correspondiente a la pensión de sobrevivientes, se encuentra regulado en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, esta norma establece una diferencia entre el monto de la pensión dependiendo si la misma se origina por la muerte de un pensionado o por la muerte de un afiliado, señalando que:

El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba.

El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.”

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente De lo anterior se desprende que para el caso del régimen de

ahorro individual con solidaridad, el monto de la pensión de sobrevivientes por muerte del afiliado, en principio, no depende del saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual, como si ocurre con la pensión de vejez, sino que el mismo resulta de aplicar al ingreso base de liquidación.

Se entiende por ingreso base para liquidar (IBL), el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores a la fecha en que se efectuó el reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior.

7. LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES PARA LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

7.1 INTRODUCCIÓN

En los últimos años, vía jurisprudencial se han venido reconociendo derechos a las personas homosexuales en Colombia, puesto que la actividad legislativa es bastante escasa, por no decir nula por cuanto no se ha materializado ni se han obtenido resultados por parte del legislador que garantice el principio de igualdad en materia de la protección de la seguridad social de las parejas de mismo sexo, a pesar que nuestra norma superior en su artículo 48 consagra expresamente el derecho a la seguridad social para todas las personas.

A partir de la sentencia C-75 de 2007, la Corte Constitucional afirmó se requiere dar la misma protección que se otorga a las uniones heterosexuales a las del mismo sexo por encontrarse ambos casos en condiciones asimilables y que todo tratamiento discriminatorio de las parejas homosexuales debe ser sometido al test de igualdad, así que cualquier trato discriminatorio infundado se presumirá inconstitucional.

Siguiendo este precedente judicial, la Corte Constitucional se pronunció en el año 2008, en materia de pensión de sobrevivientes para las parejas del mismo sexo.

Mediante la Sentencia C-336 de 2008 del 16 de Abril de 2008, Magistrada Ponente Magistrada Ponente, Dra. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional consideró que también pueden ser beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, las parejas permanentes del mismo sexo, siempre que se acredite los requisitos establecidos en la Ley.

En este caso la Corte Constitucional revisó la exequibilidad de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por cuanto limita a favor de las parejas heterosexuales los beneficios de la protección en materia de pensión de sobrevivientes, excluyendo de los mismos a las parejas conformadas con personas del mismo sexo, con el fin de establecer si la protección que se concede al cónyuge y al compañero o compañera permanente de las parejas heterosexuales para que acceda a la pensión de sobrevivientes., puede extenderse al compañero o compañera permanente de una pareja conformada por dos personas del mismo sexo.

La Corte Constitucional en la sentencia de referencia expresó que:

“Desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de una posibilidad real de que un individuo homosexual pueda acceder a la pensión de sobreviviente de su pareja fallecida que tenía el mismo sexo, configura un déficit de protección del sistema de seguridad social en pensiones que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar pareja.”

7.2 RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

El 16 de abril de 2008, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-336 de 2008, en la cual se estudió la constitucionalidad de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se declaró la exequibilidad condicionada de los referidos artículos en el entendido de que las parejas del mismo sexo también son beneficiarias de la pensión de sobreviviente.

A pesar del precedente jurisprudencial fijado por la corte constitucional, en donde se reconoce que las parejas conformadas por personas del mismo sexo, también son beneficiarias de esta prestación, las parejas del mismo sexo han tenido que acudir a un mecanismo excepcional para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, por ende la acción de tutela se ha convertido en el medio más eficaz para el reconocimiento de este derecho pensional.

La Acción de tutela para reconocimiento de pensión de sobrevivientes como mecanismo excepcional, es un criterio que ha sido definido y reiterado por la Corte Constitucional en diferentes providencias: (S. T-134/04, T-580/05, T-836/06, T-335/07, T-614/07, T-413/08, T-847/08, T-820/09, T-301/10, T-662/10, T-925/10, T-995/10, T-202/11, T-167/11, T-207/11, T-316/11, T-326/11, T-453/11)

Según lo prescribe el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en los casos que señale la Ley. Por ello, se podrá acudir ante los jueces en todo momento y lugar, con el fin de obtener una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela actúe o se abstenga de hacerlo.

La Corte Constitucional, máximo tribunal constitucional ha establecido las reglas de procedencia e improcedencia de la acción de tutela, relacionada con los derechos prestacionales.

“Los conflictos legales relacionados con el reconocimiento de derechos prestacionales, particularmente de carácter pensional, deben ser tramitados a través de las acciones pertinentes ante la justicia laboral ordinaria, pues se considera que son mecanismos de defensa eficaces para resolver de manera cierta, efectiva e integral este tipo de asuntos. Sin embargo, aunque dicha acción laboral constituye un remedio integral para la protección de los derechos fundamentales relacionados con el reconocimiento de una pensión, su trámite procesal - que ante situaciones normales es considerado eficaz en la protección de los derechos- puede no resultar idóneo para la obtención de los fines que se persiguen, atendiendo las circunstancias fácticas del caso concreto o la situación personal de quien solicita el amparo.

De esta forma, si se controvierte un asunto de esta naturaleza a través de la acción de tutela, el juez constitucional debe evaluar y calificar el conflicto planteado, para determinar si el medio alternativo de defensa judicial con el que cuenta el accionante es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales, pues de lo contrario, debe ser protegido inmediatamente a través de la acción de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.²⁵

La pensión de sobrevivientes aunque tiene un carácter prestacional, también adquiere naturaleza de derecho fundamental cuando a través de esta prestación él se materializan otros valores constitucionales.

La cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, sin discriminación alguna en especial por razones de sexo.

No cabe duda que las personas del mismo sexo, históricamente han sido una población que ha sufrido un trato discriminatorio por la sociedad, además tal como lo considero la Corte Constitucional, existe de un déficit de protección en lo relativo al acceso de la pensión de sobrevivientes en las parejas homosexuales, por lo que han acudido al mecanismo constitucional de la acción de tutela para acceder a este derecho, puesto que las administradoras de pensiones niegan el reconocimiento y pago de este derecho , a partir de dos argumentos:

1. Los efectos temporales de la sentencia C-336/08
2. La necesidad, derivada de ese fallo, de la declaración notarial que acredite la conformación de unión marital entre las mencionadas parejas.

Por vía de la acción de tutela, en Sala de revisión la Corte Constitucional se ha manifestado en materia de la pensión de sobrevivientes entre parejas del mismo sexo, en algunas oportunidades:

1. Sentencia T-1241/08, -Exclusión del derecho a la pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo resulta discriminatoria.
2. Sentencia T-911/09 -La acreditación de la relación de compañeros permanentes no es una exigencia irrazonable o desproporcionada.
3. Sentencia T-051/10 Acción de tutela para reconocimiento de pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo y principio de subsidiariedad.

25. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-076 de 2003 .Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil, reiterada en la sentencias T-1042 de 2008, T-118 y T-121 de 2009.

Las Autoridades administrativas, judiciales y Administradoras de Fondos de Pensiones no podrán negar reconocimiento con base en trabas injustificadas.

4. Sentencia T-592/10 La sentencia C-336 de 2008 no exige como condición para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo la declaración de unión material de hecho ante notario firmada por el causante y el solicitante.

5. Sentencia T-346/11 Pensión de sobrevivientes a pareja homosexual, derecho al mínimo vital y no reconocimiento de la pensión de sobrevivientes-Aspectos que deben verificarse para definir si la administración vulnera este derecho/Inversión de la carga de la prueba en situaciones especiales.

6. Sentencia T-716/11. Pensión de sobrevivientes-obligatoriedad del reconocimiento de derechos y posiciones jurídicas a personas homosexuales y parejas del mismo sexo/derechos y posiciones jurídicas a personas homosexuales y parejas del mismo sexo-inadmisibilidad de tratamientos discriminatorios.

7. Sentencia T-860/11- Pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo-aplicación retrospectiva de la sentencia C-336/08.

7.3 CASOS EN LOS CUALES SE HA CONCEDIDO LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO.

A pesar de existir en nuestra jurisdicción un procedimiento especial para los proceso que se adelanten contra las entidades que conforman el sistema de seguridad social integral, consagrado en el artículo 11 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, Decreto-Ley 2158 de 1948, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para las parejas del mismo sexo, se ha realizado en la mayoría de casos a través de sentencias de tutela, y de Constitucionalidad, proferidas por la Corte Constitucional Colombiana. Uno de los pocos casos que se conocen es el de guarda de la Secretaría de Tránsito Departamental del Tolima, donde se concedió el pago de la pensión.

Desde que la corte constitucional, profirió la sentencia C-336 de 2008, que reconoció la pensión de sobrevivientes en parejas homosexuales, se han conocido algunos casos que han sido relevantes y de los cuales ha conocido la Corte Constitucional en sede de revisión, como quiera que el artículo 33 del decreto 2591 de 1991 así lo dispone.

Los primeros casos que se registran sobre la pensión de sobrevivientes, y que fueron conocidos por la Corte Constitucional en sede de revisión de tutela a través de la Sentencia T-1241/08 y Sentencia T-911/09, en ambos casos se negó el reconocimiento de la prestación pensional, argumentando en el primero que no es posible inferir la existencia de la unión de hecho homosexual y, por tanto, a través de esta acción no es posible reconocer el derecho a la pensión de sobreviviente y en el segundo porque no es posible invocar los derechos

resultantes de la sentencia C-336 de 2008, por la cual esta corporación condicionó la exequibilidad de las normas sobre pensiones de sobrevivientes al hecho de que se aceptara su aplicación frente a parejas conformadas por dos personas del mismo sexo, teniendo en cuenta que dicha sentencia se produjo con posterioridad al fallecimiento del señor José Valdemar Sánchez Prada, ocurrido el día 6 de julio de 2007.

En el año 2010, la Corte Constitucional mediante sentencia de tutela T-051 de 2010, reconoció en el caso concreto el derecho de la pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo. La Corte acumulo tres expedientes; Expediente T-2.292.035 Expediente T-2.299.859: Expediente T-2.386.935 para ser fallados en una sola sentencia, en donde se decidió que no se exige como condición para acceder al reconocimiento y pago la declaración ante notario.

La situación de los peticionarios en los casos puestos bajo consideración de la Sala, es la misma de muchas personas homosexuales que tienen derecho a acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente en iguales condiciones a las parejas heterosexuales pero por obstáculos injustificados se ven impedidas a ello.

Uno de esos obstáculos es la diferencia de los requisitos para solicitar la pensión de sobrevivientes.

“Las expresiones sobre las cuales recae la petición de aclaración no generan equívoco, duda, ambigüedad o perplejidad en su intelección, pues su texto envía a las previsiones de la sentencia C-521 del 2007 y en esta no se encuentra expresamente establecido que los integrantes de la pareja estén obligados a concurrir simultáneamente ante el notario [negrilla fuera del texto].

Esta no parece ser la misma interpretación dada por los fondos de pensiones y los jueces de la República, lo que se demuestra en la respuesta dada por estos a un derecho de petición solicitado por parte de Colombia Diversa, así como en las diferentes tutelas que se han presentado sobre este tema precisamente porque dichos fondos niegan la pensión de sobreviviente al compañero o la compañera homosexual por no haber acreditado simultáneamente ante notario la unión marital. Así, a manera de ejemplo, Porvenir sostuvo que “la Corte señaló que son beneficiarias de las pensión de sobreviviente las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 del 2007.”²⁶

26. RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar y ALBARRACIN CABALLERO Mauricio. ¿Sentencias de papel? Efectos y obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia para las parejas heterosexuales.

En consecuencia, debe existir una diferencia fundamental entre los requisitos que se piden en materia de salud y en materia de pensiones, pues en el primer caso ambos compañeros viven, por lo que parece lógico obligarlos a declarar conjuntamente la existencia de la unión marital de hecho, pero no pasa lo mismo con las pensiones cuando uno de los dos compañeros puede fallecer previo a la declaración y, como ya se dijo, sería imposible pedir este tipo de requisito.

En este caso al Corte Constitucional Colombiana concedió el amparo invocado por los peticionarios: A. Expediente: T-2.292.035; B. Expediente: T-2.299.859; C. Expediente: T-2.386.935, y ordenó a las entidades demandadas en los procesos de la referencia que, de no haberlo hecho ya, dentro de las cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de esta providencia procedan a reconocer y a pagar la pensión de sobrevivientes de los peticionarios bajo los mismos requisitos que se les exigen a compañeros y compañeras permanentes heterosexuales.

En el mismo año 2010, la Corte Constitucional siguiendo su precedente profirió la sentencia T-592/10, donde el actor solicitó al ISS el reconocimiento de la pensión sustitutiva, luego de haber convivido por 30 años con su compañero permanente, a quien previamente se le había reconocido la pensión por invalidez.

El Seguro Social le negó el reconocimiento de la prestación económica como las disposiciones legales que regulan el tema de la sustitución pensional y el régimen de compañeros permanentes, establece que solo o tienen derecho a ella, la persona que haya convivido con el causante y que sea de sexo opuesto al de él.

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, tuteló los derechos a la igualdad, a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna y al debido proceso del demandante y ordenó a la entidad demandada que, a través de su representante legal o quien haga sus veces, de no haberlo hecho, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la notificación del presente fallo, inicie el trámite establecido en los artículos 4° y 5° de la Ley 1204 de 2008, una vez agotado este, y en el evento en que no concorra otra persona con mejor derecho, dentro de los 5 días hábiles siguientes, expida el acto administrativo por medio del cual reconoce y ordena el pago del derecho a la sustitución pensional.

Otro caso de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, a través de la acción de tutela es el proferido por la Corte Constitucional en sentencia T-716 de 2011. Las administradoras de pensiones demandadas negaron el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo, con fundamento en dos supuestos los efectos temporales de la sentencia C-336/08 y la necesidad de la declaración notarial que acredite la conformación de unión marital entre las mencionadas parejas.

La Corte reitera una vez más su precedente fijado y decide que la decisión de la Administradora de pensiones de negar la pensión bajo el único argumento del incumplimiento del requisito de formalización de la pareja mediante declaración notarial, vulnera los derechos fundamentales de la actora.

Esto debido a que, la administradora de pensiones funda la negativa del reconocimiento y pago de la prestación en requisitos que no son exigidos por el ordenamiento jurídico y que, por ende, configuran una discriminación injustificada, basada en la orientación sexual de la peticionaria.

En consecuencia, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional revocó las decisiones de tutela y, en su lugar, concedió la tutela de los derechos a la igualdad, el debido proceso administrativo y la seguridad social del peticionario.

Esta decisión supone además la primera vez que se concede la pensión de sobrevivientes a una pareja homosexual conformada por un sacerdote.

Posteriormente en sentencia T-346/11, en este caso, el Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación del Tolima le violó el derecho al mínimo vital al demandante, porque le negó injustificadamente la pensión, pese a que dependiera de la misma para llevar una vida digna.

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional ordenó a la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones del Tolima que, en el término máximo de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, reconozca y pague al demandante la pensión de sobrevivientes. El demandante quedará con la carga de intentar ante la justicia una acción ordinaria, para que resuelva si él tiene el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes, o si quien tiene derecho es la señora Edith Garzón Guzmán, quien era compañera permanente del causante. Si no lo hace en el término de los 4 meses siguientes a la notificación de esta sentencia, cesarán los efectos del presente fallo.

En sentencia T-860 de 2011, la corte constitucional reitero la jurisprudencia en el caso de procedencia de la acción de tutela para reclamar pensión de sobrevivientes para las parejas del mismo sexo y en especial si el peticionario es enfermo de VIH-SIDA.

La Corte Constitucional no ordeno directamente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, puesto que no evidencio los medios de convicción suficientes para acreditar una relación de pareja permanente.

La Corte Constitucional concedió el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la seguridad social, en la acción de tutela instaurada por el accionante. El miembro supérstite de la pareja homosexual goza de todos los medios probatorios admitidos para las uniones maritales de hecho heterosexuales, a efectos de acreditar la existencia de una relación permanente de pareja con el fin de acceder a la pensión de sobrevivientes

7.4 LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES PARA LAS PAREJAS HOMOSEXUALES

7.4.1 Introducción. Debido a la poca actividad legislativa en el reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales, a quienes se les han negado sus derechos y la protección que en iguales condiciones a las parejas heterosexuales, es necesario el estudio de la jurisprudencia en la cual se encuentra plasmado el cambio que ha surgido en relación con los derechos prestacionales de las parejas homosexuales, tema en el cual se enfoca este trabajo.

A continuación se indicaran los aspectos sustantivos de la línea jurisprudencial que ha fijado la Corte Constitucional relacionado con el reconocimiento del derecho a la seguridad social, haciendo énfasis en el derecho a la pensión de sobrevivientes de los homosexuales. El asunto es de vital importancia para el desarrollo de derechos fundamentales tales como la dignidad humana, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la seguridad social.

Es importante revisar el cambio del contexto social y jurídico, que ocurre en nuestro Estado Colombiano, vinculado con las tendencias y postulados de los organismos internacionales de índole proteccionista de los derechos de las personas homosexuales, en cuya oposición se encuentran un número considerable de normas vigentes en nuestro ordenamiento que vulneran los derechos de las parejas homosexuales y las cuales ameritan un pronunciamiento protector por parte de los operadores judiciales, quienes conocen de estos asuntos mediante la acción de tutela, puesto que es casi que el único mecanismo con el cual cuenta las personas que tienen una orientación sexual diferente para lograr el reconocimiento de sus derechos, es allí donde los jueces tienen que dar aplicación a los postulados consagrados en la Constitución Política, para asegurar así la protección efectiva de los derechos a la igualdad y dignidad del ser humano.

En la línea jurisprudencial aquí desarrollada, se puede observar que en materia prestacional en Colombia, la Corte Constitucional Colombiana el vino a tratar el tema a partir del año 2000, con las sentencias de Tutela; T-999/00, T-1426/00, T-618/00, unificadas en la sentencia SU-623/001 y cómo sólo hasta el año 2007 existió pronunciamiento reivindicando estos derechos a las parejas integradas por personas del mismo género, con la sentencia C-075 de 07.

7.4.2 DESARROLLO DE LÍNEA JURISPRUDENCIAL.

7.4.2.1 Sentencia SU-623 de 2001.

A. Identificación de la Sentencia.

Referencia: Expediente T-361534. Acción de tutela instaurada por César Augusto Medina Lopera contra Comfenalco E.P.S

Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

B. Hechos Jurídicamente Relevantes.

1 El día 12 de enero de 2000 el actor solicitó a Comfenalco E.P.S., su afiliación como beneficiario al Sistema de Seguridad Social en Salud, en su calidad de compañero permanente de John Jairo Castaño Suescún, cotizante de la mencionada E.P.S, con quien convivía desde noviembre de 1994, dicha solicitud fue negada.

2. El 30 de mayo de 2000, el actor interpuso una acción de tutela ante el Juzgado Noveno Civil Municipal de Medellín contra Comfenalco E.P.S., la entidad demandada vulneró sus derechos a la salud, a la seguridad social, la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, al negarle su vinculación como beneficiario al Sistema de Seguridad Social en Salud.

3. El apoderado judicial de la Caja de Compensación Familiar, Comfenalco Antioquia, Programa E.P.S., manifiesta que la entidad tutelada ha actuado dentro del marco legal establecido, de conformidad con la Constitución y la Ley 54 de 1990, no se puede afirmar que exista una unión marital de hecho entre el afiliado cotizante y su pareja homosexual.

C. Sentencia Objeto de Revisión.

Proferida por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Medellín que negó el amparo constitucional solicitado. Toda vez que no se puede afirmar que la relación que tiene el actor, con el señor JHON JAIRO CASTAÑO SUESCUN, pueda asimilarse con la de los compañeros permanentes ya que la sociedad, ni la Ley ni la jurisprudencia de nuestro país a la fecha los ha asimilado a esa categoría, Por lo tanto, no puede haber el establecimiento de los mismos derechos y obligaciones de una relación irregular, a una regulada por la Ley y que a la fecha no ha sido reglamentada.

D. Problema Jurídico.

¿Se violan los derechos a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad al no permitir que una persona acceda al régimen

contributivo de la seguridad social en salud, como beneficiaria de su pareja homosexual cotizante con la cual convive?

E. Ratio Decidendi.

La Corte Constitucional excluye a la persona homosexual como beneficiaria de su pareja al argumentar que el principio de universalidad de la seguridad social no se ve vulnera la posibilidad de cotizar de manera independientes, en caso de carecer de recursos económicos podía acudir a la afiliación en el régimen subsidiado.

La decisión del juez constitucional de ampliar la cobertura hacia un determinado grupo social, cuando no están de por medio derechos fundamentales como la vida digna, comportaría un desconocimiento de la labor de ponderación legislativa de este aspecto. A pesar de que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado, no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia que tiene nuestra Constitución. La diferencia en los supuestos de hecho en que se encuentran los compañeros permanentes y las parejas homosexuales permanentes, y el concepto de familia como objeto de protección constitucional específica, impiden efectuar una comparación judicial entre unos y otros.

F. Decisión

La Sala Plena de la Corte Constitucional, resolvió denegar la acción de tutela para la protección de los derechos a la igualdad, a la seguridad social, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad del actor y confirmar el fallo proferido por Juzgado Noveno Civil Municipal de Medellín en el proceso de la referencia.

G. Salvamento de Voto

Los Magistrados Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett, presentaron su salvamento de voto con la sentencia proferida, el cual se fundamentó en cuatro puntos principales

1. La necesidad de juzgar estrictamente la exclusión de homosexuales2. Análisis del fin que persigue la medida: no es admisible interpretar la Ley 100 de 1993 para excluir a los homosexuales

3. La orientación sexual es un criterio de diferenciación prohibido que no puede servir de base para restringir el principio de universalidad en el goce del derecho a la salud de quien convive de manera comprobadamente estable con una persona de su mismo sexo

4. La sola afiliación no representa un costo que justifique perjudicar las parejas homosexuales

Cuando se niega la solicitud de incluir a una persona homosexual como beneficiaria dentro del régimen contributivo al cual cotiza la persona de la cual es económicamente dependiente, y con la cual conforma una pareja comprobadamente estable para efectos de la Ley 100 de 1993, en razón, precisamente, a su condición de homosexual, se incurre en una discriminación violatoria del derecho de igualdad, adicional si se trata de una persona que carece de ingresos para cotizar por sí misma y que tampoco hace parte de uno de los grupos sociales que tienen derecho a participar del régimen subsidiado, se le desconoce su derecho a la seguridad social en salud regido por el principio de universalidad.

7.4.2.2 Sentencia T-349 de 2006

A. Identificación de la Sentencia.

Referencia: expediente T-942082.

Acción de tutela interpuesta contra el ISS

Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

B. Hechos Jurídicamente Relevantes.

1. El accionante convivió con X de forma estable como pareja homosexual desde el primero de mayo de 1992 hasta el nueve de junio de 2000, fecha en la que falleció este último.
2. El accionante presentó solicitud de sustitución pensional de sobreviviente ante el I.S.S. –allegando fotocopia de la Resolución 014561 de 1998 por medio de la cual se le reconoció la pensión de invalidez y, desprendibles de pago de los dos últimas mesadas recibidas por este concepto.
3. La entidad no contestó dicha solicitud y el accionante interpuso acción de tutela para solicitar la protección de su derecho de petición. El Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito de Bogotá D.C., concedió la tutela ordenando al I.S.S., responder la solicitud de la pensión de sobrevivientes.
4. El I.S.S. negó la solicitud de sustitución pensional. Esta resolución fue objeto de los recursos de Ley, reposición y subsidiario de apelación, presentados el 24 de octubre de 2001, dentro del término legal.

5. El I.S.S. negó la solicitud de la pensión de sobreviviente al demandante por considerar que “(...) no reúne la calidad de beneficiario por el fallecimiento del afiliado teniendo como base el Artículo 10 del Decreto 1889 de 1994.”

6. El accionante interpuso la acción de tutela de la referencia, para solicitar la protección de sus derechos fundamentales mediante una orden conforme a la cual el I.S.S. le reconociera la pensión de sobreviviente y el pago de las mesadas atrasadas desde el día en que falleció su compañero.

C. Sentencia Objeto de Revisión.

El Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá D.C., denegó la acción de tutela interpuesta. A juicio del fallador, el accionante cuenta con otros medios de defensa judicial, a saber, las acciones judiciales ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por tratarse de una actuación de la administración, aun cuando ésta se tache de sospechosa y discriminatoria en la interpretación de la Ley.

La Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, confirmó la sentencia de primera instancia.

D. Problema Jurídico.

¿El régimen legal y reglamentario de la pensión de sobrevivientes y la negativa del ISS a la solicitud de reconocimiento de la pensión presentada por el accionante alegando su condición de compañero permanente en el marco de una relación homosexual estable, resultan violatorios del derecho de acceso a la seguridad social en condiciones de igualdad por tanto se constituyen una forma de discriminación en razón de la orientación sexual?

E. Ratio Decidendi.

La pensión de sobrevivientes surgió para la protección de la familia, en un contexto que presuponía el desamparo de sus integrantes frente a la ausencia de quien suministraba el ingreso familiar. Dentro del contexto de preservar el ingreso familiar, la prestación, con algunas limitaciones menores, se mantuvo, pese al cambio en el entorno cultural que significó un progresivo acceso de la mujer al mercado laboral y se amplió al cónyuge varón en igualdad de condiciones.

La pensión de sobrevivientes está concebida como instrumento de protección integral del grupo familiar del que forman parte el cónyuge o el compañero o compañera permanente, los hijos y, de manera subsidiaria, los padres y los hermanos inválidos.

En ese régimen no están incluidas las parejas homosexuales, no en razón de la orientación sexual de sus integrantes, sino porque el criterio definitorio adoptado

por el legislador como condición para el acceso a la pensión de sobrevivientes fue el de grupo familiar, lo cual desarrolla el expreso mandato constitucional que prevé una protección integral a la familia, y se inscribe dentro de la concepción constitucional de familia, esto es la que se forma por el hecho del matrimonio o por la decisión libre de un hombre y una mujer de conformarla.

F. Salvamento de Voto

El Magistrado Jaime Córdoba Triviño presentó salvamento de voto de esta sentencia, haciendo énfasis en que el sistema de seguridad social integral, no está dirigido exclusivamente a la familia compuesta por hombre y mujer, sino que puede extenderse a grupos familiares.

F. Decisión

La sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, resolvió confirmar las sentencias del Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá D.C., y la del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala Civil- por medio de las cuales se negó el amparo solicitado.

7.4.2.3 Sentencia C-075 de 2007

A. Identificación de la Sentencia.

Referencia: expediente D-6362

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2, parciales, de la Ley 54 de 1990, modificada parcialmente por la Ley 979 de 2005.

Actores: Marcela Sánchez Buitrago, Luz María Mercado Bernal, Alejandra Azuero Quijano y Daniel Bonilla Maldonado.

Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

B. Hechos Jurídicamente Relevantes.

1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Marcela Sánchez Buitrago, Luz María Mercado Bernal, Alejandra Azuero Quijano y Daniel Bonilla Maldonado demandaron parcialmente los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990 “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, modificada parcialmente por la Ley 979 de 2005.

2. Los accionantes manifiestan que la norma acusada es contraria al derecho a la dignidad humana y desconoce el derecho de asociación.

C. Problema Jurídico.

¿La Ley 54 de 1990, al establecer el régimen patrimonial entre compañeros permanentes y limitarlo a las uniones conformadas por un hombre y una mujer, viola los derechos fundamentales a la igual protección, al respeto de la dignidad humana, al mínimo vital y a la libre asociación de los integrantes de las parejas conformadas por personas del mismo sexo?

D. Ratio Decidendi.

En relación con la situación patrimonial de las parejas homosexuales existe un déficit de protección a la luz del ordenamiento constitucional, llevan a la conclusión de que el régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las parejas homosexuales, resulta discriminatorio.

Así, no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que la parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado.

E. Decisión

La Sala Plena de la Corte Constitucional, resolvió Declarar exequible la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales.

F. Salvamento de Voto y Aclaración de voto.

El magistrado Jaime Araujo Rentería presentó salvamento de voto en esta sentencia, expresando lo siguiente:

Este fallo no sólo se queda demasiado corto en el reconocimiento de derechos a los homosexuales, sino que también es confuso porque no reconoce la totalidad de los efectos civiles cuando la propia Ley 54 de 1990 habla de “efectos civiles” que, como quedo expuesto, no sólo incluye efectos patrimoniales sino que se extiende necesariamente a otros muchos ámbitos.

De otra parte, considero que la presente sentencia no reconoce de manera íntegra la dignidad de los homosexuales al no reconocerles de manera total y plena sus derechos. Considero que esta sentencia es aparentemente progresiva, pero en realidad es retardataria por cuanto no otorga sino las migajas de los derechos que

debían reconocerse de manera plena a los homosexuales, ya que si se va a tocar la norma es para restablecer la libertad y la igualdad completamente y no a medias.

Finalmente y para ponerlo en términos gráficos, considero que si les debemos a las parejas que no son heterosexuales 30 derechos y la Ley que estamos discutiendo es una Ley del año 90, es decir, que han transcurrido 17 años para concederles un derecho; de este modo, si cada 17 años se les concede un derecho, lo que va a pasar es que en el año 3000 todavía la Corte Constitucional les va a estar debiendo derechos a esta población de homosexuales.

La aclaración de voto de la sentencia C-075 realizada por los magistrados Marco Gerardo Monroy C., Rodrigo Escobar y Nilson Pinilla, se fundamenta en que este no significa un cambio de la jurisprudencia de esta Corporación, relativa al carácter heterosexual de la familia que la Constitución Política protege.

7.4.2.4 Sentencia C-521 de 2007.

A. Identificación de la Sentencia.

Referencia: expediente D-6580.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993, "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"

Demandantes: Ricardo Cardona Gaviria y María Margarita Rojas Álvarez.

Magistrada ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

B. Hechos Jurídicamente Relevantes.

1. Los ciudadanos Ricardo Cardona Gaviria y María Margarita Rojas Álvarez, en ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 40-6 y 242-1 de la Constitución Política, presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993, "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones". Como quiera que vulnera lo dispuesto en los artículo 1º, 2, 11, 13, 16, 42,48 y 49 de la Constitución Política.

C. Problema Jurídico.

¿ La expresión "cuya unión sea superior a 2 años", del artículo 163 de la Ley 100 de 2003, trasgrede los preceptos superiores invocados por los demandantes, referentes a la dignidad humana y los derechos a la vida, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, seguridad social, salud, lo mismo que la protección integral de la familia, al impedir el acceso como beneficiarios del POS al compañero (a)

permanente del afiliado, cuando aquellos no hayan cumplido con la condición temporal prevista en la norma?.

D. Ratio Decidendi

La Sala reitera el deber que tienen los particulares y las autoridades de ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

La condición de compañero (a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto; por lo tanto, el fraude o la ausencia de veracidad en las afirmaciones hechas durante esta diligencia acarrearán las consecuencias previstas en la legislación penal y en el resto del ordenamiento jurídico.

E. Decisión

La Sala Plena de la Corte Constitucional, resolvió Declarar inexecutable la expresión "*cuya unión sea superior a dos años*", del artículo 163 de la Ley 100 de 1993.

F. Salvamento de Voto

Los magistrados Nilson Pinilla Pinilla y Rodrigo Escobar Gil, presentaron salvamento de voto en esta sentencia, fundamentado en que las disposiciones legales que determinan quienes son los beneficiarios del afiliado en el régimen contributivo de seguridad social en salud hacen referencia continua al concepto de familia, y dentro de ésta incluyen a 'el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años'.

Bajo este argumento para estos magistrados el término de dos años establecidos en la Ley, no resulta desproporcionalmente ni lesivo a los derechos los compañeros (as) permanentes, es claro que el criterio temporal constituye un requisito válido para establecer si quienes conviven en unión de hecho realmente están comprometidos en constituir una familia con vocación de continuidad, y puedan ser amparados como beneficiarios del afiliado al sistema de seguridad social

7.4.2.5 Sentencia C-811 de 2007.

A. Identificación de la Sentencia.

Referencia: expediente D-6749

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993

Actores: Magda Carolina López García y Jaime Faiyeth Rodríguez Ruiz

Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

B. Hechos Jurídicamente Relevantes.

1. Los ciudadanos Magda Carolina López García y Jaime Faiyeth Rodríguez Ruiz, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandaron la expresión "familiar", contenida en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993.

2. Los impugnantes consideran que el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 determina quiénes son beneficiarios del régimen contributivo de seguridad social en salud, haciendo referencia continua al concepto de familia, que la misma Ley reconoce como la formada por cónyuges o compañeros permanentes hombre y mujer, desconociendo la existencia de parejas homosexuales.

C. Problema Jurídico.

¿El artículo 163 de la Ley 100 de 1993 que determina quiénes son beneficiarios del régimen contributivo de seguridad social en salud, haciendo referencia continua al concepto de familia, que la misma Ley reconoce como la formada por cónyuges o compañeros permanentes hombre y mujer, desconoce la existencia de las parejas homosexuales, por tanto el derecho de ser beneficiarios del régimen contributivo de seguridad social en salud?

D. Ratio Decidendi.

Desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de una posibilidad real de que un individuo homosexual se vincule como beneficiario de otro al sistema general del régimen contributivo configura un déficit de protección del sistema de salud que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar una pareja.

En consecuencia, la Corte considera que dicho déficit denuncia un vacío en la Ley de seguridad social que la hace inconstitucional y así procederá a declararlo.

E. Decisión.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, resolvió declarar la exequibilidad de la norma, en el entendido de que el régimen de protección contenido en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, se aplica también a las parejas del mismo sexo.

F. Salvamento de Voto

El magistrado Jaime Araujo Rentería, presento nuevamente salvamento de voto en esta sentencia, al considerar que este fallo tiene un carácter limitado y restringido, lo que permite la continuación de la discriminación de las parejas de homosexuales.

El salvamento de voto se fundamenta en cuatro asuntos principales.

1. La sentencia se limita a la afiliación al régimen contributivo de seguridad social del núcleo familiar, también de parejas homosexuales, dejando de un lado la protección de las parejas homosexuales y su núcleo familiar en y el régimen subsidiado.
2. La protección de los derechos de las personas homosexuales no se puede limitar solamente a los derechos patrimoniales y de salud, dejando de lado otros derechos.
3. A la luz de la Constitución Política, las parejas homosexuales tienen plenitud de derechos que deben ser restablecidos por el tribunal constitucional, tales como, la posibilidad de contraer matrimonio y adoptar hijos.
4. El condicionamiento que se propone en la parte resolutive de esta decisión que declara la exequibilidad del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las *parejas* del mismo sexo, desconoce de todas maneras los valores, principios y derechos constitucionales, por cuanto mantiene un trato diferente y discriminatorio frente a la pareja homosexual a la que no se reconoce que también conforma familia.

7.4.2.6 Sentencia C-336 de 2008.

En la referida sentencia, la Corte se pronuncia sobre la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 100 de 1993, tales como el 47, el 74 y el 163, así como el 1º de la Ley 54 de 1990, por los cuales se definen los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y las uniones maritales de hecho respectivamente.

A. Identificación de la Sentencia.

Referencia: expediente D-6947

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990; 47 (parcial), 74 (parcial) y 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993.

Actor: Rodrigo Uprimny Yepes y otros.

Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

B. Hechos Jurídicamente Relevantes.

1. El ciudadano Rodrigo Uprimny Yepes y otros, en ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 40-6 y 242-1 de la Constitución Política, presentaron demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º. (parcial) de la Ley 54 de 1990; 47 (parcial), 74 (parcial) y 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993.

2. Para los demandantes, los textos impugnados desconocen lo dispuesto en los artículos 1, 13, 16, 48, 49 y 93 de la Constitución Política, por cuanto ellas no extienden a las parejas homosexuales la protección que en materia de seguridad social se reconoce a las parejas heterosexuales.

3. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, previo concepto del Procurador General de la Nación, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia

C. Problema Jurídico

¿El conjunto normativo parcialmente acusado, de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, es inexecutable por cuanto limita a favor de las parejas heterosexuales los beneficios de la protección en materia de pensión de sobrevivientes, excluyendo de los mismos a las parejas conformadas con personas del mismo sexo?

D. Ratio Decidendi

Luego de hacer una ponderación de los derechos de las parejas en relación con la pensión de sobrevivientes, la Sala no encuentra razones objetivas ni constitucionalmente válidas que puedan constituirse en un obstáculo o significar un déficit de protección para las parejas conformadas con personas del mismo sexo que les impida ser destinatarias de los beneficios reconocidos por el legislador en materia de pensión de sobrevivientes.

El reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al compañero o compañera permanente en las parejas homosexuales desemboque en un desequilibrio financiero que impida la sostenibilidad económica del sistema de protección de salud en pensiones, por cuanto al ampliar la protección a estas personas simplemente se está introduciendo una variante en el orden de prelación establecido por la Ley para el caso de la sustitución pensional.

La ausencia de una posibilidad real de que un individuo homosexual pueda acceder a la pensión de sobreviviente de su pareja fallecida que tenía el mismo sexo, configura un déficit de protección del sistema de seguridad social en pensiones que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar pareja.

E. Decisión.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, resolvió declarar la exequibilidad de las expresiones "la compañera o compañero permanente"; contenidas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y las expresiones "el cónyuge o la compañera o compañero permanente", contenidas en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales.

F. Salvamento y Aclaración de Voto.

El magistrado Jaime Araujo Rentería, realizó aclaración y salvamento de su voto en esta sentencia, siguiendo sus postulados anteriores a donde se ha apartado de los fallos restrictivos emitidos por la Corte Constitucional, por cuanto se debe conceder de una vez por todas a las parejas del mismo sexo, la totalidad de derechos constitucionales reconocidos por la Constitución, toda vez que la sentencia C-336 de 2008, no reconoce de manera íntegra la dignidad de los homosexuales al no reconocerles de manera total y plena sus derechos.

7.4.2.7 Sentencia T-1241 de 2008

A. Identificación de la Sentencia.

Referencia: expediente T-2029454

Acción de tutela de José Reyes Castiblanco Gil contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

B. Hechos Jurídicamente Relevantes

1. El señor José convivió ininterrumpidamente, en una relación homosexual Reyes con el Sargento Primero ® del Ejército, Arnoldo de Jesús Mayo Arcila por 30 años.
2. El señor Mayo Arcila falleció el 07 de octubre de 1999 y no dejó herederos ni beneficiarios familiares, el demandante procedió a solicitar ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el reconocimiento y pago de la sustitución pensional.
3. Dicha petición fue negada mediante Resolución No. 1369 del 31 de marzo de 2000 en apoyo del artículo 42 de la Constitución Política y el Decreto 1211 de 1990.
4. El demandante presenta acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable pues en la actualidad su vida corre peligro, solicita la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, la vida y la salud. y requiere que se ordene a la demandada la expedición del acto administrativo en el que se reconozca y pague la sustitución pensional.
5. La entidad demandada se opuso a las pretensiones del amparo constitucional.

C. Sentencia Objeto de Revisión

El Juez Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá denegó la protección de los derechos fundamentales invocados. Para el efecto, existen otros medios judiciales para atender el reclamo del actor, y considero que no existía una vulneración del mínimo vital o de un perjuicio irremediable que haga procedente la tutela como mecanismo transitorio.

D. Problema jurídico

¿El actor reúne las condiciones necesarias para reclamar a través de la acción de tutela la pensión de sobreviviente causada por su compañero permanente?

E. Ratio Decidendi.

No es posible inferir la existencia de la unión de hecho homosexual y, por tanto, a través de esta acción no es posible reconocer el derecho a la pensión de sobreviviente. Conforme a las sentencias mencionadas, la Sala debe reiterar que para acreditar el vínculo debe existir, cuanto menos, una declaración juramentada ante notario ya que la sola manifestación informal de uno de los miembros de la presunta pareja no tiene el poder de acreditar la voluntad de conformar un lazo de manera permanente.

7.4.2.8 Sentencia C-029 de 2009.

A. Identificación de la Sentencia

Referencia: expediente D-7290

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2 y 3 del Decreto 2762 de 1991; el artículo 24 - literales a, b y d del Decreto 1795 de 2000; los artículos 411 y 457 del Código Civil; el artículo 4 de la Ley 70 de 1931; los artículos 1 y 27 de la Ley 21 de 1982; el artículo 7 de la Ley 3 de 1991; los artículos 283 - numeral 2 y 286 de la Ley 5 de 1992; el artículo 5 de la Ley 43 de 1993; el artículo 8 - numeral 1 literal g y numeral 2 literales c y d de la Ley 80 de 1993; el artículo 244 de la Ley 100 de 1993; los artículos 14 - numerales 2 y 8, y 52 de la Ley 190 de 1995; los artículos 1 y 12 de la Ley 258 de 1996; el artículo 2 de la Ley 294 de 1996, el artículo 2 de la Ley 387 de 1997; los artículos 222, 431 y 495 de la Ley 522 de 1999; los artículos 10 y 11 de la Ley 589 de 2000; los artículos 34, 104 - numeral 1, 170 - numeral 4, 179 - numerales 1 y 4, 188 b - numeral 3, 229, 233, 236, 245 - numeral 1 y 454 a de la Ley 599 de 2000; los artículos 40, 71 y 84 - numerales 1, 2, 3, 6, 7, y 9 de la Ley 734 de 2002; los artículos 8 - literal b, 282, 303, y 385 de la Ley 906 de 2004; el artículo 3 - numerales 3.7.1 y 3.7.2 de la Ley 923 de 2004; los artículos 14 y 15 de la Ley 971 de 2005; los artículos 5, 7, 15, 47, 48 y 58 de la Ley 975 de 2005; los artículos 2 y 26 de la Ley 986 de 2005; el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007; los artículos 61, 62, 80, 159, 161 y 172 - numerales 2, 4, 6, 7, 8 y 9 de la Ley 1152 de 2007; y el artículo 18 de la Ley 1153 de 2007.

Demandantes: Rodrigo Uprimny Yepes, María Paula Safin Sanín, Marcela Sánchez Buitrago, Mauricio Albarracín Caballero, Alejandra Azuero Quijano y Luz María Sánchez Duque. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil

B. Hechos Jurídicamente Relevantes.

1. Los actores demandan las expresiones “grupo familiar” “compañera o compañero permanente” “compañera permanente” contenidas en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004 y las expresiones “compañero o la compañera”, “compañero (a) permanente” y “familiar”, contenidas en el artículo 24 del Decreto 1795 de 2000, al considerar que vulneran el preámbulo y los artículos 1, 13, 16, 48 y 49 de la Constitución Política, por excluir como beneficiarios de las pensiones de sobrevivencia y sustitución de las asignación de retiro del régimen especial de seguridad Social de la Fuerza Pública a las parejas homosexuales y por articular dichas prestaciones al concepto de familia.

2. También se demanda la expresión “familiar” y “compañero permanente” que se encuentran contenida en los artículos 1 y 27 de la Ley 21 de 1982, por considerarse violatorio del Preámbulo y los artículos 1, 13 16 y 48 de la Constitución Política, al excluir a las parejas integradas por el mismo sexo de los beneficios del subsidio familiar, al enmarcar dichos beneficios dentro de la noción de familia.

3. A su vez Se demanda la expresión “familia” y “hogar” contenida en el artículo 7 de la Ley 3 de 1991, por considerar que vulnera el preámbulo y los artículos 1, 13, 16 y 51 de la Constitución Política, por excluir a las parejas homosexuales de los beneficios del subsidio familiar, al articular a sus beneficiarios al concepto de las expresiones demandadas.

C. Problema Jurídico.

¿Las disposiciones demandadas, que otorgan beneficios a las parejas heterosexuales, en cada caso en concreto resultan asimilables a las parejas integradas por el mismo sexo? ¿Tales preceptos dan lugar a un déficit de protección contrario a la Constitución?

D. Ratio Decidendi

La corte manifiesta que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la pareja, como proyecto de vida en común, que tiene vocación de permanencia e implica asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes, goza de protección constitucional, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales, y que, en ese contexto, la diferencia de trato para parejas que se encuentren en situaciones asimilables puede plantear problemas de igualdad y que, del mismo modo, la ausencia de previsión legal para las parejas del mismo sexo en relación con ventajas o beneficios que resultan aplicables a las parejas heterosexuales, puede dar lugar, a un déficit de protección contrario la Constitución, en determinadas circunstancias, el ordenamiento jurídico debe contemplar un mínimo de protección para ciertos sujetos, mínimo sin el cual pueden verse comprometidos principios y derechos superiores, como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad o la solidaridad.

E. Decisión.

La Corte Constitucional, en algunos aspectos se declaró inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo sobre el concepto de “familia” y “grupo familiar” , en otros declaro la exequibilidad de las normas, extendiendo estas en igualdad de condiciones, a las parejas del mismo sexo que se hayan acogido al régimen de la Ley 54 de 1990 y demás normas que lo modifiquen, una de las normas que declaro exequible es el d artículo 7 de la Ley 3 de 1991, en el entendido de que el subsidio familiar de vivienda allí previsto se aplica también a los integrantes de las parejas homosexuales, en las mismas condiciones que a los compañeros o compañeras permanentes.

7.4.2.9 Sentencia T-911 de 2009.

En esta sentencia, además de hacer unas consideraciones sobre el derecho a la pensión de sobrevivientes de las parejas homosexuales, se reitera el requisito señalado en las sentencias de constitucionalidad, en especial la condición exigida es necesaria y justificada, como quiera que lo que se pretende es acreditar la

existencia de la pareja homosexual, por lo cual es indispensable la debida intervención y aceptación de los miembros de las parejas homosexuales, para acreditar los supuestos de los cuales depende la titularidad de los derechos que la situación asumida genera.

A. Identificación de la Sentencia.

Referencia: expediente T-2.324.790

Peticionario: Juan Carlos Corredor Palacios

Procedencia: Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga

Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

B. Hechos Jurídicamente Relevantes

1. Juan Carlos Corredor Palacios, solicitó al Instituto de Seguros Sociales la sustitución pensional respecto de la pensión que en vida venía disfrutando el señor José Valdemar Sánchez Prada, fallecido en esa ciudad el 6 de julio de 2007, con quien convivía hace varios años.

2 La anterior solicitud fue resuelta por la entidad accionada, por la cual se concedió el disfrute de la pensión a que se refiere el hecho 2 anterior al señor Javier Mauricio Sánchez Cubides, hijo del pensionado fallecido

3. Dicha petición se resolvió desfavorablemente, aduciendo inicialmente que de la sentencia C-075 de 2007 no puede derivarse derecho a la pensión de sobrevivientes entre compañeros del mismo sexo; después, al resolver el recurso de reposición, una vez expedido el fallo C-336 de 2008, argumentó que la unión marital de hecho entre compañeros homosexuales que daría lugar al reconocimiento del derecho pretendido no se acreditó debidamente en la forma prevista en esa sentencia, en concordancia con la C-521 de 2007.

4. El señor Juan Carlos Corredor Palacios interpuso una acción de tutela mediante apoderada especial por el señor contra el Instituto de Seguros Sociales, al considerar que esa entidad ha vulnerado sus derechos fundamentales a la intimidad y el buen nombre, al libre desarrollo de la personalidad, a la honra, a la igualdad, y a la seguridad social.

5. Paralelamente, el accionante inició también un proceso judicial ordinario de declaración de unión marital de hecho y declaración de sociedad patrimonial contra los herederos determinados e indeterminados del señor José Valdemar Sánchez Prada.

C. Sentencia Objeto de Revisión.

El Juzgado 5° de Familia de Bucaramanga resolvió no tutelar los derechos del accionante, por entender que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la entidad accionada procedió correctamente al emitir y ratificar su decisión negativa, puesto no se acreditó debidamente la convivencia ni la relación de pareja que daría al actor el derecho a la sustitución pensional.

El Tribunal Superior de Bucaramanga confirmó íntegramente la sentencia de tutela de primera instancia.

D. Problema jurídico

¿En este tipo de casos resultaría válido aceptar pruebas diferentes a la hasta ahora reconocida por la jurisprudencia constitucional, a fin de comprobar la convivencia suficiente para efectos de tener derecho a la pensión de sobrevivientes?

E. Ratio Decidendi.

Las decisiones que pusieron fin a la actuación administrativa adelantada ante el Instituto de Seguros Sociales sustentaron la negativa en el no lleno del requisito sobre declaración ante notario al cual se condicionó el reconocimiento de este derecho, y no en la imposibilidad de aplicar al caso concreto la decisión contenida en la referida sentencia C-336 de 2008, entiende la Corte que tales decisiones aplicaron adecuadamente, y en lo pertinente, la esencia de la normatividad y la jurisprudencia vigentes para la fecha en que se habría consolidado el derecho pretendido, y que en tal medida la entidad demandada no incurrió en ninguna actuación vulneradora de los derechos fundamentales del señor Corredor Palacios.

F. Decisión

La Corte Constitucional, resolvió confirmar el fallo proferido en segunda instancia por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga el 21 de mayo de 2009 que había confirmado el dictado por el Juzgado 5° de Familia de Bucaramanga en el sentido de denegar la tutela solicitada.

7.4.2.10 Sentencia T-051 de 2010

La Corte Constitucional en esta sentencia recapitula lo planteado en la Sentencia C-336 del 2008 sobre la importancia de garantizar el goce efectivo de los derechos de las parejas homosexuales, en especial en el tal caso de la pensión de sobrevivientes

Se destaca la violación de este derecho fundamental, pues en múltiples ocasiones existen obstáculos como: investigaciones adicionales no previstas en la legislación; recolección de pruebas no exigibles jurídicamente; juicios de valor que traen como consecuencia la inaplicación de normas por motivos religiosos y morales; solicitudes para agotar el proceso ordinario de unión marital de hecho; exigencia de trámites improcedentes; interpretación contraria a la Constitución y al precedente jurisprudencial.

A. Identificación de la Sentencia.

Referencia: Expediente T-2.292.035.

Expediente T-2.299.85

Expediente T-2.386.935

Accionantes: A, B ,C.

Accionados: EDATEL S. A., Fondo de Pensiones BBVA y otro. Gobernación de Risaralda.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

B. Hechos Jurídicamente Relevantes.

1. La Sala de Selección Número Ocho de la Corte Constitucional mediante auto fechado el día 6 de agosto de 2009 resolvió acumular los expedientes de la referencia los cuales fueron repartidos al Magistrado Mauricio González Cuervo por presentar unidad de materia para que sean fallados en una sola sentencia. Con ese mismo objetivo, la Sala Quinta de Revisión mediante auto fechado el día 27 de noviembre de 2009 procedió a acumular a los dos expedientes mencionados, el expediente T-2.386.935.

2. Los actores pretenden que se conceda la acción de tutela, por consiguiente se revoquen los fallos de instancia y se ampare el derecho de las parejas homosexuales a acceder en igualdad de condiciones al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, derecho que existía aún antes de la expedición de la sentencia C-336 de 2008 aun cuando sus efectos patrimoniales hayan sido diferidos al momento de emisión de la referida sentencia.

C. Sentencias Objeto de Revisión.

Expediente T-2.292.035:

Sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Penal Municipal de Medellín que negó, por improcedente, la tutela invocada, toda vez que en el presente caso se hacía necesario acudir a lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, artículo 6º, que regula las causales de procedencia de la acción de tutela. El *a quo* recordó que la Corte Constitucional ha dicho en reiteradas ocasiones que la acción de tutela únicamente procede cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial salvo que se acuda a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El *ad quem* resolvió confirmar el fallo del *a quo*.

Expediente T-2.299.859:

El Juzgado Treinta y Dos Penal Municipal de Bogotá D.C, resolvió declarar la improcedencia del amparo incoado argumentando que en el centro del debate se encontraba “el pago o no de la pensión de sobreviviente con relación a personas del mismo sexo” y mencionó que frente a este aspecto era relevante lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-336 de 2008. Sobre este extremo, enfatizó que la Corte Constitucional había hecho una precisión, a saber, que la condición de compañero o compañera permanente debía ser probada “mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto.

El *ad quem* resolvió modificar el fallo impugnado –en el sentido de declarar la procedencia del amparo tutelar– pero decidió negar la protección invocada por las razones aducidas en la parte motiva de la providencia.

Expediente T-2.386.935

El Juzgado Quinto Civil de Circuito de Pereira, resolvió declarar improcedente el amparo. Aportó los siguientes motivos en sustento de su decisión.

“La jurisprudencia constitucional ha reiterado que, en principio, la tutela resulta improcedente para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente. Salvo que se acredite la presencia de circunstancias especiales a partir de las cuales sea factible establecer que se requiere proteger los derechos fundamentales pues no existen otros medios de defensa judicial tan idóneos como la tutela o porque de no protegerse el derecho se producirá un perjuicio irremediable”. El juez *ad quem* resolvió confirmar la sentencia proferida por el *a quo*.

D. Problema Jurídico.

¿En materia de garantía efectiva de los derechos de las parejas del mismo sexo las autoridades administrativas y judiciales así como las Administradoras de los Fondos de Pensiones suelen elevar un conjunto de obstáculos injustificados a la luz del ordenamiento constitucional?

E. Ratio Decidendi.

Las entidades demandadas y los jueces de tutela desconocieron los derechos constitucionales fundamentales de los peticionarios, en especial, su derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso administrativo y su derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes en igualdad de condiciones en que se reconoce este derecho a los compañeros permanentes heterosexuales, al abstenerse de garantizar el goce efectivo de dichos derechos bajo el argumento según el cual la única forma que tienen los integrantes de parejas permanentes del mismo sexo para acceder a la pensión de sobrevivientes es demostrando la existencia de una declaración ante notario de ambos miembros de la pareja, contentiva de su voluntad de conformar una pareja singular y permanente.

F. Decisión.

La Corte Constitucional resolvió conceder el amparo invocado por los peticionarios en el expediente: T-2.292.035; expediente: T-2.299.859; expediente: T-2.386.935, revocando las sentencias proferidas en cada uno de los procesos. Adicional la Corte dicta un grupo de órdenes con efectos intercomunis, es decir, las órdenes que proferirá la Sala en esta sede se harán extensivas a todas las personas homosexuales que se encuentran en las mismas o en similares situaciones a las que se hallan los peticionarios de las tutelas de la referencia, con el fin de hacer efectivo su derecho a acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en iguales condiciones en que lo hacen las parejas heterosexuales.

7.4.2.11. Sentencia T-592 de 2010.

A. Identificación de la Sentencia.

Referencia: Expediente T-2.596.811

Accionante: Tadeo.

Accionado: Instituto de Seguros Sociales.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

B. Hechos Jurídicamente Relevantes

1. El accionante, de 42 años de edad, convivió por 30 años con su compañero permanente el señor José Lisandro Moya Laverde
2. El 28 de junio de 2004, el ISS le reconoció una pensión por invalidez al señor José Lisandro Moya Laverde, quien falleció el 25 de agosto de 2005.
3. El actor solicitó al ISS el reconocimiento de la pensión sustitutiva, mediante Resolución No. 0010203, el Seguro Social le negó la prestación económica pues la sustitución pensional y el régimen de compañeros permanentes, solo tienen derecho a ella, la persona que haya convivido con el causante y que sea de sexo opuesto al de él.

Adicional “[L]a prestación solicitada no se puede reconocer toda vez que el asegurado falleció el 25 de agosto de 2005, fecha anterior a las Sentencias de la Corte, por lo que estas sentencias no tienen efectos retroactivos”.

4. El demandante padece de VIH-SIDA y por la negativa del ISS a reconocerle la pensión está viendo afectado su derecho al mínimo vital pues como consecuencia de su enfermedad “no ha podido desempeñarse de manera estable en algún trabajo.

C. Sentencia Objeto de Revisión

La Sentencia de la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá,, que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito, argumentando que ; la entidad accionada no desconoció los derechos del accionante pues si bien “la Corte Constitucional mediante sentencias C-075 de 2007, C-521 de 2007 y C-336 de 2008” hizo extensiva la expresión “compañero o compañera permanente” también “a las parejas del mismo sexo”, reconociendo que “las parejas homosexuales gozan de los mismo derechos de las heterosexuales”.

D. Problema Jurídico.

¿Puede el Instituto de Seguros Sociales negarse a reconocerle la pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo, argumentando que antes de proferida la sentencia C-336 de 2008 no tenían derecho a la sustitución pensional?

E. Ratio Decidendi.

A pesar de ser la pensión de sobreviviente una prestación económica, en algunos casos pueden verse afectados derechos fundamentales con ocasión al no reconocimiento y pago de ella, pues “busca lograr en favor de las personas que se encuentran involuntariamente en circunstancias de debilidad manifiesta y que

requieren de un tratamiento diferencial positivo o protector -, un trato digno y justo, por parte de la entidad que debe reconocer y pagar la pensión.

Resulta evidente que la entidad demandada vulneró los derechos constitucionales fundamentales del peticionario, toda vez que: i) no valoró ni tuvo en consideración que el accionante es un sujeto de especial protección por parte del Estado, por su condición de portador de VIH –SIDA, y ii) aplicó una interpretación restrictiva de la sentencia C-336 de 2008, absteniéndose de pronunciarse de fondo sobre si cumplía o no los requisitos legales para acceder a la prestación reclamada.

F. Decisión.

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, resolvió revocar la sentencia de la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Tercero Civil, que negó el amparo solicitado, en su lugar, y tuteló los derechos fundamentales del accionante.

Adicional resolvió prevenir al Seguro Social para que en adelante ajuste todos sus procedimientos internos a los fundamentos jurídicos establecidos en la sentencia C-336 de 2008, permitiendo dentro del régimen prestacional el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente al compañero o compañera permanente de las parejas homosexuales, siempre que cualquiera de ellos cumpla con los mismos requisitos exigidos a los integrantes de las parejas heterosexuales.

7.4.2.12. Sentencia T-346 de 2011.

A. Identificación de la Sentencia.

Referencia: expediente T-2836980

Acción de tutela instaurada por José Fernando Moreno Castro contra la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación del Tolima.

Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

B. Hechos Jurídicamente Relevantes.

1. José Fernando Moreno Castro, enfermo de SIDA, interpuso acción de tutela contra la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación del Tolima, por considerar que esta le vulneró sus derechos a la seguridad social, al debido proceso, la dignidad y al mínimo vital, desde que se rehusó a reconocerle en el año 2010, la pensión de sobrevivientes causada por el deceso de su compañero permanente José Didier Guzmán Silva en 2008 con quien había

convivido durante aproximadamente ocho (8) años, y con quien sostuvo una relación sentimental.

2. La entidad le negó la pensión por encontrar que la titularidad de la misma estaba en disputa con otra persona, a la cual se le había negado previamente la prestación, tras encontrar que las pruebas presentadas por ella tenían inconsistencias notorias.

3. El Fondo decidió “*abstenerse de resolver la solicitud de pensión*”. Porque, en su concepto, en este caso hay una controversia en torno a quién es, en realidad, el titular de la pensión de sobrevivientes. , en este caso, la controversia se presentaba entre el peticionario y una mujer (Edith Garzón). Esta última había reclamado la misma pensión de sobrevivientes, antes del demandante, bajo el argumento de que era en realidad la compañera permanente del causante.

C. Sentencia Objeto de revisión.

El Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, negó la tutela invocada puesto que el peticionario, para probar la existencia de la unión marital de hecho en virtud de la cual pretende que se le reconozca la pensión de sobrevivientes, debe adelantar un proceso judicial autónomo. El accionante impugnó el fallo y, en segunda instancia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por medio de sentencia del once (11) de agosto de dos mil diez (2010), confirmó el proveído.

D. Problema Jurídico.

¿Viola un fondo de pensiones el derecho al mínimo vital de una persona portadora del SIDA, quien reclama una prestación pensional con urgencia porque de ella depende para subsistir con dignidad, al no reconocerle la prestación bajo el argumento de que está en controversia si ella es titular del derecho a recibirla o si lo es otra persona, a pesar de que la supuesta contraparte hubiera sido descartada por ese mismo fondo como potencial beneficiaria de esa prestación?

E. Ratio Decidendi.

Los fondos de pensiones no pueden abstenerse de reconocer una pensión de sobrevivientes bajo el argumento de que está en controversia entre dos personas cuál es la titular del derecho a recibirla, cuando se constata que previamente el mismo fondo le había respondido a una de ellas que no tenía derecho a la prestación, y luego no ofrece justificación suficiente para cambiar de postura y afirmar que sí puede llegar a tenerlo. Si además la persona depende de la pensión para satisfacer sus necesidades básicas, entonces se viola además el derecho al mínimo vital.

F. Decisión.

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, resolvió revoca el fallo expedido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, que a su vez había revocado el proferido por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, por tanto tutelar el derecho al mínimo vital del señor José Fernando Moreno Castro.

La corte ordeno a su vez Dejar sin efectos la Resolución 922 del 28 de abril de 2010 “por medio de la cual se resuelve una solicitud de pensión de sobrevivientes a José Fernando Moreno Castro”, expedida por la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación del Tolima.

7.4.2.13 Sentencia T-716 de 2011.

A. Identificación de la Sentencia

Referencia: expedientes T-3.086.845 y T-3.093.950

Acciones de tutela interpuestas respectivamente por *Pedro* contra el Instituto de Seguros Sociales, y por *Luisa* contra la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal, en liquidación.

Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

B. Hechos Jurídicamente Relevantes.

1. El ciudadano Pedro, manifiesta haber ostentando la condición de compañero permanente del fallecido Álvaro, solicitó al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en razón que su pareja ostentaba la condición de pensionado al momento del deceso.

2. La seccional Cundinamarca y Distrito Capital del Instituto, mediante Resolución 036485 del 5 de Agosto de 2009, negó la prestación.

3. El 4 de marzo de 2011 y a través de apoderada judicial, el ciudadano Pedro presentó acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales, al considerar que la negativa en el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes vulnera sus derechos constitucionales a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la honra, la igualdad, el mínimo vital y la seguridad social.

C. Sentencia Objeto de Revisión

El Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá D.C., declaró improcedente la acción de tutela, toda vez que el actor no había probado suficientemente su condición económica, de manera tal que dejó de desvirtuar la aptitud del mecanismo ordinario de defensa judicial, llamado a dirimir el conflicto presentado, que tiene contenido eminentemente prestacional.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, confirmó la decisión de primera instancia. En criterio del Tribunal, era acertado el razonamiento acerca de la improcedencia de la acción, ante la ausencia de prueba sobre la inminencia del perjuicio irremediable.

D. Problema Jurídico.

¿Las decisiones de las administradoras de fondos de pensiones, que niegan el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo, fundadas en la necesidad de cumplir con exigencia de trámite notarial o basadas en el hecho que la muerte del causante tuvo lugar antes de proferirse la sentencia C-336/08, violan los derechos constitucionales de los solicitantes, en especial el mínimo vital, la igualdad frente a las parejas de diferente sexo y el derecho al debido proceso administrativo.?

E. Ratio Decidendi.

Las personas en el Estado Constitucional están investidas de soberanía sobre la definición de su orientación e identidad sexual, así como para la decisión sobre con quién y en qué condiciones desean conformar proyectos de vida con otras. Por lo tanto, están proscritas formas de discriminación fundadas en la falta de aceptación de orientaciones o identidades sexuales, por el simple hecho de ser distintas y minoritarias. Esto debido no solo a que son distinciones basadas en criterios sospechosos y que están carentes de justificación, sino porque toman la forma de tratamientos indignos puesto que, como se ha indicado, tales decisiones individuales corresponden solo al fuero interno de las personas y en modo alguno pueden ser cuestionadas o restringidas con base en actitudes que tienen como único fundamento el prejuicio, la ignorancia o el franco desconocimiento del régimen de libertades que prevé la Constitución”

A su vez revocar las sentencias emitidas por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Neiva, y por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del mismo distrito judicial, que decidieron acerca de la acción de tutela formulada por *Luisa* contra la Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal, en liquidación, tutelando los derechos a la igualdad y el debido proceso administrativo de los ciudadanos *Pedro y Luisa*.

Aclarando que la ciudadana Luisa deberá acudir a la jurisdicción laboral ordinaria para que esta resuelva, de manera definitiva, acerca de la legalidad de los actos

administrativos que negaron el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes dentro de los 4 meses siguientes a la notificación de esta providencia.

En caso contrario cesarán los efectos de esta sentencia.

7.4.2.14 Sentencia T-860 de 2011.

A. Identificación de la Sentencia

Referencia: expediente T-3.130.633

Acción de tutela instaurada por AA contra el Instituto de Seguros Sociales.

Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

B. Hechos Jurídicamente Relevantes.

1. El señor AA mantuvo una relación de pareja con el señor BB por más de diez años hasta el fallecimiento de éste último el dieciocho (18) de diciembre de 1998.

2. El peticionario solicitó al ISS la pensión de sobrevivientes, tras la muerte de su compañero, la cual fue negada, puesto que el señor AA “no reúne la calidad de beneficiario, por cuanto nuestra Constitución Colombiana en su Artículo 42, reconoce como integrantes del vínculo familiar a la relación voluntaria entre un hombre y una mujer, no reconocido el vínculo marital entre personas del mismo sexo. Con base en esta legislación no hay lugar a reconocer la prestación económica solicitada

3. El señor AA, interpuso acción de tutela solicitando la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la seguridad social que considera han sido vulnerados al negarse la entidad demandada a reconocerle la pensión de sobrevivientes con fundamento en su orientación sexual homosexual.

C. Sentencia Objeto de Revisión.

El Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito de Bogotá resolvió negar el amparo, argumentó, que “pese a las circunstancias del actor con diagnóstico de VIH positivo, se advierte que la súplica constitucional deprecada, no puede prosperar porque es indiscutible que el requisito de la inmediatez, resulta esencial característica de la acción de tutela (...) el cual no se aviene en el presente asunto, toda vez que, si se miran bien las cosas, el término transcurrido entre la fecha en que al accionante le ocurrieron las circunstancias que dieron origen a la acción de tutela a la presentación de la misma incumple ese presupuesto”.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá decidió confirmar la sentencia de primera instancia usando idénticos argumentos; subsidiariedad y falta de inmediatez-.

D. Problema Jurídico.

¿El Instituto de Seguros Sociales vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la seguridad social del peticionario al negarse a reconocerle la pensión de sobrevivientes con fundamento en su orientación sexual homosexual?

E. Ratio Decidendi.

No hay razones constitucionalmente válidas para concluir que es razonable exigirles a las parejas del mismo sexo un único modo de acreditación de su unión permanente, cuando el régimen de las parejas heterosexuales dispone cinco alternativas para ello en el caso de la adjudicación de efectos jurídicos en materia de pensiones, valga decir: (i) escritura pública ante notario, (ii) acta de conciliación, (iii) Sentencia judicial, (iv) Inscripción del causante de su compañero(a) en la respectiva entidad administradora de pensiones, (v) Cualquier medio probatorio previsto en la Ley.

F. Decisión.

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, resolvió revocar el fallo proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, y conceder el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la seguridad social, en la acción de tutela instaurada por AA contra el Instituto de Seguros Sociales.

7.5. ESQUEMA GRAFICO DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL.

¿La omisión legislativa vulnera los derechos de las parejas homosexuales a la igualdad, la salud, en especial la seguridad social, y demás derechos fundamentales, al no incluir como beneficiarios de los derechos derivados de la seguridad social a parejas integradas por el mismo, negando su acceso en igualdad de condiciones en que se reconocen estos derechos a las parejas heterosexuales?		
TESIS 1.		TESIS 2
La omisión legislativa NO vulnera los derechos de las parejas homosexuales a la igualdad, la salud, en especial la seguridad social, y demás derechos fundamentales, toda vez que el legislador tiene la libre facultad de reglamentación en materia de seguridad social.	<p>-Su-623/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil.</p> <p>- Su-623/01 Salvamento de Voto Jaime Araujo, Manuel J. Cepeda Jaime Córdoba y Eduardo Montealegre L</p> <p>-T-349/06 M.P. Rodrigo Escobar Gil</p> <p>-T-349/06 Salvamento Voto. Jaime Córdoba Triviño.</p> <p>* C-075/07</p> <p>Aclaración de voto Marco Gerardo Monroy C., Rodrigo Escobar y Nilson Pinilla</p> <p>Salvamento de voto Jaime Araújo R.</p> <p>-C-521/07 M.P Clara Inés Vargas Hernández.</p> <p>+C-811/07 Salvamento Parcial de voto Nilson Pinilla P.</p> <p>Salvamento de voto Jaime Araujo R. Aclaración de voto Catalina Botero M</p> <p>*C-336/08</p> <p>Salvame. Parcial de voto Nilson Pinilla</p> <p>Aclaración de voto Jaime Araújo R</p> <p>T-1241/08 M.P. Clara Inés Vargas Hernández</p> <p>C-029/09 M.P. Rodrigo Escobar Gil.</p>	La Configuración legislativa en materia de seguridad social tiene como límite los principios, valores y derechos contenidos en la Constitución. En razón de ello las normas sobre seguridad social son exequibles en el entendido que incluyen a las parejas del mismo sexo.

	<p>T-911/09 M.P. Nilson Pinilla Pinilla</p> <p>T-51/10 M.P. Mauricio González Cuervo</p> <p>T-592/10 M.P. Mauricio González Cuervo Reitera T-051/10 y la C-336/08</p> <p>T-346/11 M.P. María Victoria Calle Correa</p> <p>T-716/11 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.</p> <p>T-860/11 M .P María Victoria Calle Correa</p>	
--	--	--

7.6 CONCLUSIONES

La Corte Constitucional Colombiana, en los diferentes fallos analizados, tanto de constitucionalidad como de tutela, fundamentó sus decisiones para el reconocimiento de los derechos prestacionales de las parejas integradas por parejas del mismo sexo, en especial la pensión de sobrevivientes en la Constitución Política de 1991, haciendo énfasis en la primacía de la dignidad humana como eje central del nuestro Estado Social de Derecho, teniendo como regla “iguales en dignidad iguales en derecho”, por lo tanto iguales en protección.

Es de tal relevancia la tarea que ha realizado el máximo tribunal constitucional, en materia de reconocimiento de derechos de toda índole, patrimonial, civil, social, etc. de las personas homosexuales. Del precedente constitucional analizado se concluye que las expresiones compañeros permanentes, unión marital de hecho, unión permanente, y otras expresiones semejantes contenidas en nuestro ordenamiento jurídico, deben interpretarse de manera sistemática de acuerdo con la Ley 54 de 1990. Es decir, los compañeros permanentes del mismo sexo tienen igualdad de derechos y obligaciones de los compañeros permanentes heterosexuales en todos los aspectos de regulación.

Se puede concluir de estas jurisprudencias, que los compañeros permanentes del mismo sexo deben reunir los mismos requisitos exigidos para los compañeros permanentes heterosexuales. Es decir la igualdad de derechos también implica la igualdad en requisitos y procedimientos.

La Sentencia de constitucionalidad C-336 del 2008, sentencia hito en materia de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes para las parejas homosexuales, adicional la sentencia menciona que se debe acreditar bajo gravedad de juramento ante notario, la condición de compañero (a) permanente de personas del mismo sexo.

En la Sentencia de tutela T-51 del 2010 se produce un giro jurisprudencial trascendental, pues reprocha la imposición de exigencias no exigibles jurídicamente y la inaplicación del precedente jurisprudencial, entre otros, que vulneran los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes. El reconocimiento que se le ha hecho a toda la comunidad LGBT, el derecho a la seguridad social, es garantizar el efectivo goce de sus derechos fundamentales, la dignidad humana que en tantas ocasiones se pregonaba de nuestro estado social de derecho, implica el reconocimiento integral como persona.

La función de la Corte Constitucional, ha sido trascendental para el reconocimiento de derechos de las personas homosexuales, en su calidad de individuo y como pareja, teniendo en cuenta nuestro sistema axiológico propio de un Estado social de Derecho, relacionados con la protección de la dignidad humana, el pluralismo, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de opción sexual, los cuales no pueden ser desconocidos.

8. RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES A LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN AMÉRICA LATINA.

8.1. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de derechos a las personas homosexuales, surge en las últimas décadas, como consecuencia del desarrollo de normatividad a nivel internacional, toda vez que cada día son más los países que adoptan los postulados de los organismos internacionales que reconocen jurídicamente las uniones homosexuales.

“Desde los años setenta del siglo XX las sociedades industriales de la Unión Europea, Norte América, Australia y algunos países latinoamericanos continúan definiendo con dificultad el “lugar” que ocupan las relaciones entre personas del mismo sexo en la regulación en torno a la familia y el matrimonio. La experiencia reciente en torno al reconocimiento al derecho de unión bajo diferentes figuras jurídicas: unión civil en Uruguay, matrimonio en Argentina y el Distrito Federal en México y ampliación del régimen de la unión marital de hecho en Colombia.”²⁷

Esto unido con la voz de protesta de las minorías y la revolución sexual que impulsa un reconocimiento jurídico de derechos humanos de las persona homosexuales, que surgió principalmente en Europa, extendiéndose luego a otros continentes.

En América Latina los países que han reconocido jurídicamente las uniones de homosexuales son: Argentina, Colombia, Ecuador, México, Brasil y Uruguay. En la mayoría de países ese reconocimiento se logró vía legislativa, una de las excepciones es el caso de Colombia, donde el reconocimiento de derechos a las personas homosexuales, se ha realizado por vía jurisprudencial, con la sentencia de Constitucionalidad C-075 de 2007, que hace una extensión de la Ley 54 de 1990, “Por la cual se regulan las uniones maritales de hecho., la sentencia C-521/07, sentencia C-811 del 2007, la sentencia C-336 de 2008, que reconoció la pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo etc.

El reconocimiento legal a las uniones conformadas por parejas del mismo sexo, se ha realizado de varias maneras, una de ellas es reconociendo jurídicamente la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo, en estos casos se aplica la normatividad relativa a dicha institución.

27. GALLEG0 MONTES Gabriel, Y VASCO A FERNANDO José. El reconocimiento al derecho de unión entre personas del mismo sexo: el caso de Colombia, Argentina, Uruguay y el distrito federal en México, rev.latinoam.estud.fam. Vol. 2, enero - diciembre, 2010. pp. 176 – 194.

Otra forma de realizar este reconocimiento es haciendo extensiva la regulación del concubinato o de las uniones de hecho, independiente de la denominación que adquieran dichas uniones, sin equipararlas con el matrimonio, solo conceden algunos derechos y deberes que supone el matrimonio entre heterosexuales.

8.2 LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES PARA PAREJAS DEL MISMO SEXO EN AMÉRICA LATINA

El reconocimiento jurídico del matrimonio, concede especialmente una serie de garantías, derechos y deberes a toda la comunidad LGBT, de carácter civil, patrimonial y en especial el derecho de seguridad social a la pareja del mismo sexo. De este último nos ocuparemos en este acápite.

Varios países Latinoamericanos como Argentina, Brasil, Uruguay, han reconocido las uniones homosexuales, y han concedido a estas los derechos y deberes de las cuales gozan las parejas heterosexuales, incluido el derecho a la seguridad social.

8.2.1 Uruguay. En el caso de Uruguay, el Congreso de este país con la sanción del presidente Tabaré Vázquez promulgó la Ley 18.246, en diciembre de 2007 la cual autorizaba la unión civil entre personas del mismo sexo. La pareja legalmente reconocida mediante esta Ley gozará de los derechos y obligaciones de seguridad social, consagrados en el capítulo V de la referida Ley.

“CAPÍTULO V DERECHOS Y OBLIGACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Artículo 14.- Agregase al artículo 25 de la Ley Nº 16.713, de 3 de setiembre de 1995, el siguiente literal:

"E) Las concubinas y los concubinos, entendiéndose por tales las personas que, hasta el momento de configuración de la causal, hubieran mantenido con el causante una convivencia ininterrumpida de al menos cinco años en unión concubinaria de carácter exclusivo, singular, estable y permanente, cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual y que no resultare alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del artículo 91 del Código Civil."

Artículo 15.- Sustituyese el artículo 26 de la Ley Nº 16.713, de 3 de setiembre de 1995, con la redacción parcialmente introducida por la Ley Nº 16.759, de 4 de julio de 1996, por el siguiente.

"ARTÍCULO 26. (Condiciones del derecho y términos de la prestación).- En el caso del viudo, concubino, los padres absolutamente incapacitados para todo trabajo y las personas divorciadas, deberán acreditar conforme a la reglamentación que se dicte, la dependencia económica del causante o la carencia de ingresos suficientes.

Tratándose de las viudas y de las concubinas, tendrán derecho al beneficio siempre que sus ingresos mensuales no superen la suma de \$ 15.000 (quince mil pesos uruguayos).

En el caso de los beneficiarios señalados en el literal D) del artículo anterior, deberán justificar que gozaban de pensión alimenticia servida por su ex cónyuge, decretada u homologada judicialmente. En estos casos, el monto de la pensión o la cuota parte, si concurriere con otros beneficiarios, no podrá exceder el de la pensión alimenticia.

Los hijos adoptivos y los padres adoptantes, en todo caso deberán probar que han integrado, de hecho, un hogar común con el causante, conviviendo en su morada y constituyendo con el mismo una unidad moral y económica similar a la de la familia, siempre que esta situación fuese notoria y preexistente en cinco años por lo menos, a la fecha de configurar la causal pensionaria, aun cuando el cumplimiento de las formalidades legales de adopción fuese más reciente.

Cuando la causal pensionaria se opere antes que el adoptado haya cumplido los diez años de edad, se exigirá que el beneficiario haya convivido con el causante la mitad de su edad a dicha fecha.

El goce de esta pensión es incompatible con el de la causada por vínculo de consanguinidad, pudiendo optar el interesado por una u otra.

Tratándose de beneficiarias viudas y de beneficiarias concubinas, que tengan cuarenta o más años de edad a la fecha de fallecimiento del causante, o que cumplan esa edad gozando del beneficio de la pensión, la misma se servirá durante toda su vida. Los restantes beneficiarios mencionados en los literales A), D) y E) del artículo 25 de la presente Ley que cumplan con los requisitos establecidos en este inciso, gozarán igualmente de la pensión durante toda su vida, salvo que se configuren respecto de los mismos las causales de término de la prestación que se establecen en este artículo.

En el caso que los beneficiarios mencionados en los literales A), D) y E) del artículo 25 de la presente Ley tengan entre treinta y treinta y nueve años de edad a la fecha del fallecimiento del causante, la pensión se servirá por el término de cinco años y por el término de dos años cuando los mencionados beneficiarios sean menores de treinta años de edad a dicha fecha. Los períodos de prestación de la pensión a que hace referencia el inciso anterior no serán de aplicación en los casos en que:

A) El beneficiario estuviese total y absolutamente incapacitado para todo trabajo.

B) Integren el núcleo familiar del beneficiario hijos solteros menores de veintiún años de edad, en cuyo caso la pensión se servirá hasta que estos últimos alcancen dicha edad, excepto cuando se trate de mayores de dieciocho años de

edad que dispongan de medios de vida propios y suficientes para su congrua y decente sustentación.

C) Integren el núcleo familiar hijos solteros mayores de dieciocho años de edad absolutamente incapacitados para todo trabajo.

El derecho a pensión se pierde:

A) Por contraer matrimonio en el caso del viudo, concubino y personas divorciadas.

B) Por el cumplimiento de veintiún años de edad en los casos de hijos solteros.

C) Por hallarse el beneficiario al momento del fallecimiento del causante en algunas de las situaciones de desheredación o indignidad previstas en los artículos 842, 899, 900 y 901 del Código Civil.

D) Por recuperar su capacidad antes de los cuarenta y cinco años de edad los beneficiarios mencionados en los literales B) y C) del artículo 25 de la presente Ley.

E) Por mejorar la fortuna de los beneficiarios".

Artículo 16.- Sustitúyense los literales A), B) y E) del artículo 32 de la Ley N° 16.713, de 3 de setiembre de 1995, por los siguientes:

"A) Si se trata de personas viudas o divorciadas o concubinas o concubinos, el 75% (setenta y cinco por ciento) del básico de pensión cuando exista núcleo familiar, o concurrencia con hijos no integrantes del mismo o padres del causante.

B) Si se trata exclusivamente de la viuda o concubina o del viudo o concubino, o hijos del causante, el 66% (sesenta y seis por ciento) del básico de pensión".

"E) Si se trata de la viuda o viudo en concurrencia con la divorciada o divorciado y/o concubina o concubino, o de la divorciada o divorciado en concurrencia con la concubina o concubino, sin núcleo familiar, el 66% (sesenta y seis por ciento) del sueldo básico de pensión. Si alguna o algunas de esas categorías tuviere o tuvieran núcleo familiar, el 9% (nueve por ciento) de diferencia se asignará o distribuirá, en su caso, entre esas partes".

Artículo 17.- Sustitúyense los literales A) y B) del artículo 33 de la Ley N° 16.713, de 3 de setiembre de 1995, por los siguientes:

"A) A la viuda o viudo, concubina o concubino, divorciada o divorciado, con núcleo familiar, en concurrencia con otros beneficiarios, le corresponderá el 70% (setenta por ciento) de la asignación de pensión.

Cuando concurren con núcleo familiar la viuda o viudo y/o concubina o concubino y/o divorciada o divorciado, la distribución de dicho porcentaje se hará por partes iguales a cada categoría. En el caso de que alguna o algunas de las categorías integre o integren núcleo familiar, su cuota parte será superior en un 14% (catorce por ciento) a la del resto de los beneficiarios.

El remanente de la asignación de pensión se distribuirá en partes iguales entre los restantes copartícipes de pensión.

B) A la viuda o viudo, concubina o concubino, divorciada o divorciado, sin núcleo familiar, en concurrencia con otros beneficiarios, le corresponderá el 60% (sesenta por ciento) de la asignación de pensión.

Cuando concurren la viuda o viudo y/o concubina o concubino y/o divorciada o divorciado, la distribución de dicho porcentaje se hará por partes iguales a cada categoría.

El remanente se distribuirá en partes iguales entre los restantes copartícipes de pensión".

Artículo 18.- Sustituyese el numeral 2) del artículo 167 de la Ley N° 16.713, de 3 de setiembre de 1995, por el siguiente:

"2) El pago total o parcial, debidamente documentado, de cobertura médica u odontológica, asistencial o preventiva, integral o complementaria otorgadas al trabajador, su cónyuge, concubina o concubino con cinco años de convivencia ininterrumpida y demás características previstas por el literal E) del artículo 25 de la presente Ley, sus padres -cuando se encuentren a su cargo-, hijos menores de dieciocho años, o mayores de dieciocho y menores de veinticinco mientras se encuentren cursando estudios terciarios e hijos incapaces, sin límite de edad".

Artículo 19.- Cumplido un año a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, quedarán extendidos a las concubinas y concubinos -a que refieren los artículos 1º y 2º- todos los derechos y obligaciones de seguridad social previstos para los cónyuges según el ámbito de inclusión que corresponda, a que refieren los artículos 14 a 18 de esta Ley o de disposiciones legales ya vigentes.

A los efectos de la generación de pensiones de sobrevivencia, los requisitos previstos por el artículo 1º y 2º de esta Ley deberán existir al momento de configurarse la causal pensionaria.

Artículo 20.- Para determinar los derechos y obligaciones de seguridad social a que hubiere lugar, la prueba de los extremos requeridos por los artículos 1º y 2º de la presente Ley se realizará en el organismo previsional que correspondiere según

la inclusión de los servicios respectivos, sin perjuicio de la eficacia que a tal fin tendrá, en lo pertinente, el reconocimiento judicial obtenido conforme a lo previsto en la Ley.”²⁸

8.2.2. Argentina. En el año 2002, se aprobó en la ciudad de Buenos Aires el proyecto de Ley de Unión Civil, que es el punto de partida para el reconocimiento a nivel nacional de los derechos para las parejas del mismo sexo. Esta unión es reconocida mediante la Ley 1004.

El artículo 4° de la Ley 1004 establece los derechos de los integrantes de la Unión Civil:

“Artículo 4°.- Derechos: Para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanan de toda la normativa dictada por la Ciudad, los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges”

La presidenta de la Argentina, Cristina Fernández de Kirchner, estableció la obligatoriedad del reconocimiento de la pensión por viudez a las parejas del mismo sexo, en todo el territorio nacional a través de la resolución 671/08 de la ANSES. (Administración Nacional de la Seguridad Social)

“Resolución 671/2008”

Que el artículo 53 de la Ley N° 24.241, determinó en su parte pertinente que:

"En caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante: ...c) La conviviente; d) El conviviente... En los supuestos de los incisos c) y d) se requerirá que él o la causante se hallasen separado de hecho o legalmente, o haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco años inmediatos anteriores al fallecimiento... El o la conviviente excluirá al cónyuge supérstite cuando éste hubiere sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio.

En caso contrario, y cuando él o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o éstos hubieran sido demandados judicialmente, o el o la causante hubiera dado causa a la separación personal o al divorcio, la prestación se otorgará al cónyuge y al conviviente por partes iguales."

Declárese a los convivientes del mismo sexo incluidos en los alcances del artículo 53 de la Ley N° 24.241, como parientes con derecho a la pensión por fallecimiento

28. URUGUAY. Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay. Ley 18.246 Unión Concubinaria, Publicada D.O. 10 ene/008 - N° 27402.

del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad del Régimen Previsional Público o del Régimen de Capitalización que acrediten derecho a percibir el componente público.

A tal efecto, la convivencia mencionada se acreditará según los medios probatorios que establece el Decreto N° 1290/94 para los casos en que el causante se encontrare a su deceso comprendido en dicho régimen.”²⁹

La Corte Suprema de Justicia de Argentina, en el año 2011 reconoció el derecho al pago retroactivo de la pensión por fallecimiento a las parejas del mismo sexo a partir de la muerte de su pareja.

“El régimen legal de pensiones no puede, válidamente, dejar de comprender situaciones como la presente, vale decir, la de la persona sobreviviente que mantenía con la beneficiaria fallecida una relación que, por sus características, revelaba lazos concretos y continuos de dependencia económica, bien de la primera respecto de la segunda, bien de índole recíproca o mutua.

Dicho de otro modo, la naturaleza “sustitutiva” de determinadas prestaciones de la seguridad social como la aquí en disputa, “que es uno de los pilares fundamentales en que se apoya la materia previsional (Fallos: 327:5566 y sus citas), debe exhibir la amplitud necesaria para abarcar los nexos de solidaridad y asistencia que, de modo concreto y continuo, establecen las personas humanas entre sí para satisfacer regularmente las necesidades materiales de la vida, y cuya extinción, por causa de la muerte de la beneficiaria, produce a la supérstite una afectación económica desfavorable”³⁰

8.2.3 Brasil. Brasil reconoce derecho de pensión para parejas homosexuales, con el fin de que la pareja homosexual de un jubilado, pueda ser el beneficiario de la pensión en caso de muerte del compañero, como ocurre con parejas heterosexuales.

Este reconocimiento se logró mediante la expedición de un Decreto por parte del ministerio de la Previsión Social, aunque previamente en el año 2000, se había otorgado el derecho a la pensión a la pareja homosexual, únicamente con la correspondiente orden judicial.

29 .ARGENTINA. Administración Nacional de la Seguridad Social, (Argentina). Resolución 671/2008, Bs. As., 19/8/2008.

30. ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República de Argentina. P. 368. XLIV. P., A. c/ ANSeS s/ pensiones Buenos Aires, 28 de junio 2011.

El decreto aprobado por el ejecutivo tiene como finalidad, garantizar que las “uniones estables del mismo sexo” como se denominan en este país a las uniones conformadas por personas del mismo sexo, deben ser incluidas en el Régimen General de Previsión Social del país, aunque queda pendiente el desarrollo reglamentario que haga efectivo su cumplimiento.

“OFICINA DEL MINISTRO
En ORDENANZA N° 513
DE 09 de diciembre 2010

El Ministro de Seguridad Social en uso de las facultades establecidas en el art. 87, párrafo, cláusula II de la Constitución, en vista de la opinión Apartado 038/2009/DENOR/CGU/AGU del 26 de abril de 2009, aprobada por Orden del Consultor Unión General N° 843/2010, de 12 de mayo de 2010, y la orden de la Procuraduría General de la República, 01 de junio 2010 en el expediente No. 00407.006409/2009-11, resuelve:

Artículo 1 Establecer que, en el marco del Régimen General - RGPS, las disposiciones de la Ley N° 8213, de 24 de julio de 1991 frente a los dependientes de la seguridad social debe ser interpretada para cubrir la unión estable entre personas del mismo sexo.

Artículo 2 El Instituto Nacional de la Seguridad Social - INSS adoptar las medidas necesarias para hacer cumplir las disposiciones de la presente ordenanza.”³¹

8.2.4 Ecuador. El reconocimiento de las uniones homosexuales en Ecuador es reciente, luego que el gobierno del Presidente Rafael Correa, modificará la constitución.

CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

“Art. 68.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la Ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá SÓLO A PAREJAS DE DISTINTO SEXO.”

Respecto a la pensión de sobrevivientes, en abril del 2013, se otorgó la primera pensión de sobrevivientes a una viuda de una pareja homosexual. El instituto Ecuatoriano de Seguridad Social EESS, le entregó una pensión vitalicia de supervivencia A la ciudadana de origen ecuatoriano; Janeth Peña quien sostuvo una unión de hecho legal durante cuatro años con Thalia Álvarez, quien falleció.

31. ARGENTINA. Diario Oficial de la Unión N° 236, sexta edición, 10 de diciembre de 2010. ISSN 1677-7042 71, Pág. 71.

9. CONCLUSIONES.

Con la expedición de Nuestra Carta Política de 1991, se modificó el modelo de Estado, con el fin de comprender adecuadamente la dimensión sociopolítica de persona humana, en su dimensión individual y social, considerada como el eje central de la estructura de nuestra sociedad, toda vez que se declaró que la dignidad humana representa el elemento esencial de nuestro modelo de Estado. Como consecuencia lógica del respeto por la dignidad de la persona, se deriva la igualdad, autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad.

En el desarrollo de este trabajo se analizó el reconocimiento de derechos a las personas del mismo sexo bajo la observancia de las formalidades de que trata el máximo órgano garante de la constitución nacional, que ha brindado grandes avances en cuanto al reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo.

La Sentencia C-075 le dio un giro a la jurisprudencia de la Corte Constitucional con respecto a los homosexuales, puesto que hasta la sentencia C-075 de 2007, la Corte concedió la protección de los derechos de los homosexuales que conforman una pareja, toda vez que la vida en pareja es una consecuencia de la vida sexual y afectiva de la personas, no importa si estas son heterosexuales u homosexuales, es decir se reconoció que la vida en pareja de los homosexuales está protegida constitucionalmente. El cambio del precedente trajo como consecuencia que los homosexuales tendrán la posibilidad de acceder a la protección especial ofrecida por el Estado a las parejas y familias heterosexuales, en igualdad de condiciones.

Para hacer efectivo ese reconocimiento de derechos, los compañeros o compañeras del mismo sexo, deben acreditar su condición de pareja, para lo cual deberán acudir ante un notario para expresar la voluntad de conformar una pareja singular y permanente, que permita ostentar la existencia de una relación afectiva y económica responsable, de la cual posteriormente pueden derivar prestaciones como la correspondiente a la pensión de sobrevivientes.

Uno de los derechos que ha reconocido la Corte Constitucional Colombiana, es la pensión de sobrevivientes, a través de la Sentencia C-336 de 2008. La pensión de sobrevivientes ha sido definida como una de las expresiones del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de nuestra Carta Política y como aquella prestación que se genera a favor de las personas que dependían económicamente de quien fallece, con la finalidad de prever que éstas últimas deban soportar las cargas materiales y espirituales ocasionadas con el fallecimiento de una persona.

El derecho a la seguridad social hace parte de los derechos sociales y económicos que toda persona debe gozar, uno de las consecuencias de este derecho son las pensiones para las parejas de los asegurados fallecidos. Al incluir a la persona homosexual como beneficiaria de su compañero del mismo sexo, ratifica una vez

los principios sobre los cuales se rige nuestro sistema de seguridad social integra; universalidad e igualdad.

El papel que ha cumplido la Corte Constitucional, ha sido de gran relevancia en materia de reconocimiento de derechos de las personas homosexuales, pero también es necesario que el legislador haga uso de su libertad de configuración legislativa, respecto a la labor del legislador, no se evidencia ningún resultado, a pesar de las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional. Se espera que el congreso atienda los llamados que ha hecho nuestra Corte Constitucional, respecto al tratamiento de las parejas homosexuales, ya que es propia de sus esfera como legislador ordinario, legislar acorde con nuestra carta política, a favor de los derechos constitucionales y la dignidad humana.

Nuestro ordenamiento colombiano ha reconocido que la exclusión y la discriminación afectan de manera notable a la población homosexual, por ello, hoy en día, es regla y deber constitucional la prohibición de discriminar con fundamento en la orientación sexual o la identidad de género de una persona. Todos los poderes públicos y la sociedad en general deben contribuir activamente en la construcción de una colectividad donde prime el respeto hacia el otro de manera integral.

Colombia es quizás el país de la región que puede mostrar más avances en relación con este tema, pero a su vez estos progresos no se han traducido en un goce efectivo de derechos, debido a que las personas y en particular las parejas tienen que acudir al sistema judicial para que sus derechos sean reconocidos [...]. Saludamos el papel de la Corte Constitucional en el reconocimiento de los derechos de las parejas; sin embargo, en la práctica hemos encontrado limitaciones en el goce efectivo de los derechos [...] tenemos sentencias pero tenemos limitaciones para ejercerlas [...] (cf. Audio de la audiencia “Situación de las personas lesbianas, gais, bisexuales y transgénero en Colombia”, en línea)

BIBLIOGRAFÍA

ARENAS MONSALVE, Gerardo. El Derecho Colombiano de la Seguridad Social, Editorial Legis, Segunda. Edición, Bogotá D.C, 2010.

AZUERO QUIJANO, Alejandra, ALBARRACÍN CABALLERO Mauricio. Activismo judicial y derechos de los LGTB en Colombia. Edi. ILSA, 2009.

BONILLA Daniel. Igualdad, orientación sexual y derecho de interés público. La sentencia C-075/07, Bogotá, Colombia diversa y Universidad de los Andes, 2008, pág.11-39

CETRÁNGOLO, Oscar. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). 2009.

CARTILLA DE SEGURIDAD SOCIAL Y PENSIONES, Bogotá Editorial Legis Editores, 2011. Edición: 18a.

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA de 1991.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL , Sentencia Su-623/01. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. Salvamento de Voto; Magistrados: Jaime Araujo, Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba y Eduardo Montealegre Lynett.

-----CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-349/06. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil .Salvamento de Voto; Magistrado Jaime Córdoba Triviño.

-----CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-075/07. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. Aclaración de voto; Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Escobar Gil y Nilson Pinilla Pinilla. Salvamento de voto; Magistrado Jaime Araujo Rentería.

-----CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia -C-521/07. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

-----CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-811/07. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Salvamento Parcial de voto magistrados; Nilson Pinilla Pinilla, Jaime Araujo Rentería. Aclaración de voto; Catalina Botero M.

-----CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-336/08. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Salvamento Parcial de voto; Magistrado Nilson Pinilla Pinilla. Aclaración de voto; Magistrado Jaime Araujo Rentería.

-----CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-1241/08. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

-----CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-029/09. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

-----CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-911/09. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

-----CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-051/10. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.

-----CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-592/10. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo. Reitera sentencia T-051/10 y la sentencia C-336/08.

-----CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-346/11 Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa.

-----CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-716/11. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

-----CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-860/11. Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa.

COLOMBIA DIVERSA Y UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, Parejas del mismo sexo: el camino hacia la igualdad, Bogotá, Colombia diversa y Universidad de los Andes, 2008, pág. 211-238.

DUEÑAS RUIZ, Oscar. Las pensiones, Bogotá D.C, Ediciones Librería del profesional, 2003.

La seguridad social en América Latina y el Caribe. Una propuesta metodológica para su medición y aplicación a los casos de Argentina, Chile y Colombia

Ley 100 de 1993.

Ley 797 de 2003

MARTÍNEZ CIFUENTES, Juan. La pensión de Sobrevivientes, Bogotá: Editorial Temis, 2009.

RESTREPO MUNERA, Carolina, SÁNCHEZ PINEDA, Sandra, TAMAYO SEPÚLVEDA, Catalina. Derecho y Diversidad sexual, Universidad de Medellín, 1ª edición, 2010.

RODRÍGUEZ GARAVITO Cesar, ALBARRACÍN CABALLERO Mauricio. ¿Sentencias de papel? Efectos y obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia. Universidad de los Andes, 2011

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Elí. El reconocimiento de las uniones homosexuales. Una perspectiva de Derecho comparado en América Latina. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, 2011, enero-abril, pág. 207-235

RODRÍGUEZ MESA, Rafael. La reforma a la seguridad social en Colombia Bogotá, Rodríguez Quito Editores, 2003.